

2010 年司考之路系列

国家司法考试

民事诉讼法

新东方北斗星司法考试研究中心 主编

戴 锐 编著

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 · BEIJING

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有，侵权必究。

图书在版编目（CIP）数据

国家司法考试·民事诉讼法/新东方·北斗星司法考试研究中心主编；戴锐编著.

北京：电子工业出版社，2010.3

（2010年司考之路系列）

ISBN 978-7-121-10429-9

I. 国… II. ①新… ②戴… III. 民事诉讼法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D925.1

中国版本图书馆CIP数据核字（2010）第029887号

策划编辑：周琰

责任编辑：周琰 特约编辑：周华

印刷：

装订：

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路173信箱 邮编 100036

开本：787×1092 1/16 印张：16.75 字数：440千字

印次：2010年3月第1次印刷

定价：38.00元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，联系及邮购电话：（010）88254888。

质量投诉请发邮件至 zltts@phei.com.cn，盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线：（010）88258888。

序



2009 年司法考试已经尘埃落定，2010 年备战司考的战鼓正在咚咚作响。李白诗云“蜀道难，难于上青天”，许多考生奋斗数载，有的甚至青丝变白发，也未能通过司法考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么有的考生皓首穷经，不能破解其中之谜；而有的考生能一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于考生能否精准掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。据不完全统计，司法考试涉及的法律条文共 2 万多条，涉及的学科涵盖法学 14 门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对重点把握不准，对难点无法破译，对疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海上的孤舟，茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点和疑点，直面考试并顺利通过，我们邀请了多年从事司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教师，精心撰写了《2010 年司考之路系列》丛书。本丛书共 10 本，包括《国家司法考试·理论法学与论述题写作》、《国家司法考试·国际法》、《国家司法考试·商法·经济法》、《国家司法考试·宪法·行政法》、《国家司法考试·刑法》、《国家司法考试·刑事诉讼法》、《国家司法考试·民法》、《国家司法考试·民事诉讼法》、《国家司法考试·重点法条解读》和《国家司法考试·配套单元练习》。

本丛书具有以下特点：

1. 全部考点掌中宝

本丛书集司考名师辅导经验总结、司考改革新动向、精彩授课内容和高效率应试复习于一体，按照大纲的考试要求，列出考点及 2010 年预测考查的考点，其中八本教材以“重点法条 + 考点解析 + 真题演练”的结构编排，《国家司法考试·重点法条解读》以“重点法条 + 法条精解 + 真题示例”的结构编排，《国家司法考试·配套单元练习》以“答案 + 考点 + 解析”的结构编排。方便考生携带，帮助考生随时记忆司法考试重点内容，提高复习的命中率。

2. 考点解析很周到

本丛书在保持学科体系完整的前提下，对考点精华内容进行了概括和提炼，且及时反映大纲、教材的最新变化，使新增内容一览无余。辅导名师的补充讲解，深度挖掘、突出重点，重点讲解、辨析考试要点及难点，略讲一般知识，不讲不具可考性的内容，繁简得

当，重点突出，直击命题核心。使考生在很短的时间内就可读完，但需要反复阅读，以便记忆。

3. 习题演练不可少

通过“真题演练”，把握考查的重点。本丛书将知识点分门别类地放在不同的部门法中；而在每一部门法内部，又依考查内容的不同，将试题再作细分。每道试题前面标明了试题的出处，以便考生精确查找。需要说明的是，因篇幅所限，可从“重点法条”和“考点解析”中直接查找到答案的习题，这里没有展开解释。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

穷数位名师之功，本丛书的面世自然令编者激动，但囿于能力所限，瑕疵断不可免。如有需要改进之处，敬请广大考生指正和海涵。

新东方北斗星培训学校校长

胡俊军

2010年3月



前言



在司法考试中,《民事诉讼法》和《仲裁法》每年都能考查 72 分左右,所占比重非常之大,因此考生应当重视《民事诉讼法》的复习,本教材就是契合历年司法考试的特征和规律而编著的。

一、价值与体系

从体系上看,《民事诉讼法》是从起诉、一审、二审、再审到执行,并且还规定了一些非讼程序。在民事活动中,如果当事人之间因为利益冲突而发生争议,通常会寻求解决纠纷的途径。如果这一纠纷属于法律纠纷,就可以进入到民事诉讼的主管范围中来。当然,为了便于当事人解决纠纷,并为当事人提供多元化的解决途径,法律还规定了人民调解、仲裁等方式。由于诉讼解决是最具有国家权威性的解决方式,所以为众多当事人所偏爱。如果当事人决定将自己的民事法律纠纷提交人民法院按照诉讼程序解决,那么当事人首先应当确定管辖法院,向有管辖权的人民法院提起诉讼;法院经过审查决定受理该案,则一审程序启动。为了保障当事人的意思自治,节约诉讼资源,化解简单矛盾,除了一般的审理程序之外,法律还规定了调解程序、简易程序。为了保证当事人的权利得到确实的实现,法律对于一审的裁决结果提供了救济和监督途径,这就是二审和再审。

对于生效的裁决,义务人如果不履行,人民法院将依申请或依职权进行强制执行。在整个诉讼程序过程中,为了保障诉讼程序的实现,法律规定了诉讼保障措施,如财产保全、先予执行、对妨碍民事诉讼行为的强制措施等。

二、地位和特点

从题型来看,司法考试的每一种题型都涉及《民事诉讼法》,单项选择题、多项选择题、不定项选择题和案例分析题都有其身影,而法律文书写作也会涉及《民事诉讼法》的知识,由此可见《民事诉讼法》的重要地位。

《民事诉讼法》作为程序法的一种,与《刑事诉讼法》一样有一个突出的特点,那就是规定非常繁杂,知识点呈现多、杂、散的特点。要想在《民事诉讼法》上取得高分,就必须掌握呈零散状态的各个相对独立的知识点,深刻领会《民事诉讼法》上的各种制度,取得对于《民事诉讼法》知识点的体系认识;并对于两大诉讼法之间的共同点和差异点有明晰的把握。最后,《仲裁法》内容较少,但是分值较多,因此建议大家对《仲裁法》也要全面把握。

三、《民事诉讼法》的基本内容

我们复习《民事诉讼法》要有清晰的思路,把握内在线索,并对整个学科有宏观上的

掌握。《民事诉讼法》和《仲裁法》学体系内容的主要内容如下表所示。

序 号	概 述	具 体 内 容
1	基本概念	民事诉讼，《民事诉讼法》，民事诉讼法律关系，诉、诉权
2	基本原则	诉讼权利平等、同等原则、辩论原则、处分原则、检察监督、调解自愿合法
3	基本制度	合议制度、回避制度、公开审判制度、两审终审制度
4	主管、管辖	主管、级别管辖、地域管辖、管辖变通与异议
5	当事人与代理人	诉讼权利能力与行为能力、共同诉讼人、诉讼代表人、第三人、诉讼代理人
6	证据制度	证据特性，证据分类，证据种类，证明对象，证明标准，证明责任，证明要求，取证、举证、质证、认证
7	诉讼保障措施	财产保全、先予执行、民诉强制措施
8	一审程序	普通程序、简易程序
9	救济程序	二审程序、再审程序
10	特殊程序	特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序、涉外程序、海事特别程序
11	执行程序	执行主体、执行对象、执行原则、执行开始、执行措施、执行异议、执行回转
12	《仲裁法》	仲裁、《仲裁法》概述
12	《仲裁法》	仲裁、《仲裁法》概述，仲裁委员会、仲裁协会，仲裁协议，仲裁程序，仲裁裁决的撤销，仲裁裁决的执行与不予执行，涉外仲裁

四、《民事诉讼法》的考试特征

1. 重点比较突出。历年考试中《民事诉讼法》和《仲裁法》部分都不回避重点问题及热点问题。这就提醒考生一定要练好基本功，有些考生在学习过程中存有侥幸心理，认为某个知识点可能不会考，或者已经考过了，就将它忽略了，最后到了考场上就后悔起来。其实，重点知识点并不是很多，只要下工夫就能掌握

2. 强调对司法解释的考查。通观《民事诉讼法》和《仲裁法》的考试题，对重点司法解释的考查分量越来越多。比较重要的司法解释有《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》、《最高人民法院关于人民法院民事执行工作的若干规定》、《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的规定》等。这些司法解释相互补充，对具体的民事诉讼制度作出了全面规定。这就要求同学们一定要运用体系学习的方法，对某一个问题所有相关司法解释的规定要形成一个体系，最终形成一个完整的体系树。

3. 综合性强。国家司法考试《民事诉讼法》与《仲裁法》部分经过这几年的发展，综合性越来越强。单纯考一个知识点的题所占比例越来越少，往往以某一知识点为基点，综合性考查若干法律条文的规定，这就提高了对考生的要求。为了能够在一道题上得分，仅知道一个知识点往往是不行的，考生需要掌握全面的知识。能否通过《民事诉讼法》和《仲裁法》这一关，全面掌握是关键。

4. 加大对基础理论的考查。在近几年的司法考试中，《民事诉讼法》和《仲裁法》部分对基础理论的考查有所加强。有些基础理论并不体现为法律条文，或者说光看法律条文是不够的，考生必须理解法律条文背后所蕴涵的法理。例如，仲裁中没有第三人，这个知



识点并没有直接的法条作为基础，而是从以仲裁协议为前提的原则中推导出来的。因此，死背法条很难通过司法考试。

五、关注《民事诉讼法》的修改

2007年10月28日，第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》，并于2008年4月1日起施行。这次《民事诉讼法》的修订主要是对申诉难和执行难的问题进行了规范，修改力度是非常大的，2008年和2009年司法考试对此也进行了重点考查。

同时，要关注两个与《民事诉讼法》配套的司法解释，一个是2008年12月1日施行的《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》，另一个是2009年1月1日施行的《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》。在2010年的复习中应当特别关注这两个司法解释。

《仲裁法》部分每年的变化不大，重点是仲裁协议和仲裁的监督，本书按照《仲裁法》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》进行了阐述。

总之，考生只要在理解的基础上记住法条，形成法条间的逻辑体系，并在解题中熟练运用法条，关注最新立法变化，才能取得较好的成绩，顺利通过考试。

最后，预祝考生朋友们顺利通过司法考试！

作 者
2010年3月



目 录 | CONTENTS

第一讲	基本原则与基本制度	1
	考点一 基本原则	1
	考点二 基本制度	7
第二讲	主管与管辖	14
	考点一 民事诉讼主管	14
	考点二 管辖概述	17
	考点三 级别管辖	19
	考点四 地域管辖	22
	考点五 裁定管辖	31
	考点六 管辖权异议	35
第三讲	诉	38
	考点一 诉的概念与特征	38
	考点二 诉的要素	39
	考点三 诉的分类	41
	考点四 反诉	43
第四讲	当事人	47
	考点一 当事人概述	47
	考点二 原告与被告	53
	考点三 共同诉讼	56
	考点四 诉讼代理人	62
	考点五 第三人	66
第五讲	诉讼代理人	72
	考点一 诉讼代理人概述	72
	考点二 法定诉讼代理人	73
	考点三 委托诉讼代理人	76

第六讲	民事证据	80
考点一	民事证据概述	80
考点二	民事证据的种类	82
考点三	民事证据在理论上的分类	86
考点四	证据保全	88
考点五	证明对象	90
考点六	证明责任	93
考点七	证明标准	97
考点八	证明程序	98
第七讲	法院调解	106
考点一	法院调解概述	106
考点二	法院调解的原则	108
考点三	法院调解的程序	109
考点四	调解书及调解的效力	111
第八讲	财产保全、先予执行与强制措施	115
考点一	财产保全	115
考点二	先予执行	120
考点三	对妨害民事诉讼的强制措施	123
第九讲	普通程序	128
考点一	普通程序的基本阶段	128
考点二	撤诉和缺席判决	138
考点三	延期审理、诉讼中止和诉讼终结	141
第十讲	简易程序	146
考点一	简易程序的概念和适用范围	146
考点二	简易程序的特点	148
考点三	民事判决、裁定与决定	151
第十一讲	第二审程序	155
考点一	上诉的提起与受理	155
考点二	上诉案件的审理	159
考点三	上诉案件的裁判	162
第十二讲	特别程序、督促程序与公示催告程序	166
考点一	特别程序	166
考点二	督促程序	172
考点三	公示催告程序	176
第十三讲	审判监督程序	182
考点一	再审程序的启动	182
考点二	再审案件的审判	188
第十四讲	执行程序	193
考点一	执行程序总论	193
考点二	执行程序分论	199



第十五讲 涉外民事诉讼程序	210
考点一 涉外民事诉讼程序概述	210
考点二 涉外民事诉讼管辖	212
考点三 涉外民事诉讼中的期间、财产保全与送达	215
考点四 司法协助	218
第十六讲 仲裁协议	222
考点一 仲裁协议概述	222
考点二 仲裁协议的内容	224
考点三 仲裁协议的效力	227
考点四 仲裁协议的无效与失效	230
第十七讲 仲裁程序	233
考点一 仲裁当事人与代理人	233
考点二 仲裁的申请与受理	234
考点三 仲裁庭的组成	236
考点四 仲裁中的财产保全	238
考点五 仲裁的审理程序	239
考点六 仲裁中的和解、调解与裁决	241
第十八讲 仲裁裁决的撤销、执行与不予执行	245
考点一 仲裁裁决的撤销	245
考点二 仲裁裁决的执行	248
考点三 仲裁裁决的不予执行	250
附录 本书主要法律文件全、简称对照表	254



第一讲 基本原则与基本制度

【本讲概要】 本讲应当了解民事诉讼法基本原则与基本制度的含义与作用，知晓民事诉讼法所规定的基本原则与基本制度有哪些。理解民事诉讼法特有的基本原则和基本制度的基本内容。熟悉民事诉讼法特有的基本原则和基本制度在民事诉讼中的体现，并能具体举例说明。

考点一 基本原则

重点法条

★^①第五条 外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。

外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则。

★第六条 民事案件的审判权由人民法院行使。

人民法院依照法律规定对民事案件独立进行审判，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

★第八条 民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件，应当保障和便利当事人行使诉讼权利，对当事人在适用法律上一律平等。

★第九条 人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。

★第十一条 各民族公民都有用本民族语言、文字进行民事诉讼的权利。

在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区，人民法院应当用当地民族通用的语言、文字进行审理和发布法律文书。

人民法院应当对不通晓当地民族通用的语言、文字的诉讼参与人提供翻译。

★★第十二条 人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。

★★第十三条 当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

★第十五条 机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。

① ★的个数表示法条的重要程度。

民事诉讼法的基本原则，是指民事诉讼法规定的对民事诉讼的全过程或者重要的诉讼阶段起指导作用的准则。

1. 公民在适用法律上一律平等原则

公民在适用法律上一律平等原则，具有以下几项含义：

(1) 司法机关在进行诉讼活动时，对一切公民的合法权益，不分民族、种族、性别、职业、社会地位、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住年限，在适用法律上一律平等。对于一切公民的犯罪行为，对于一切侵犯他人合法民事权益的行为，该逮捕的逮捕，该起诉的起诉，该定罪判刑的定罪判刑，该判决承担民事责任的判决承担民事责任，不允许任何人凌驾于法律之上，不允许任何形式的特权存在。

(2) 司法机关在进行诉讼时，对一切公民的合法权益，都必须依法予以保护，对诉讼参与人，包括原告、被告、被害人、被告人等的合法权益，不论是实体权益还是诉讼权利，都要依法保护，不允许以任何借口加以剥夺。

(3) 在依据法律追究或判决承担民事责任时，无论在实体法的运用或者程序法的适用上，对任何公民不得歧视。依法不应承担民事责任的，就不能要求其承担民事责任，所有公民的诉讼权利都受到法律保护，公民都有权行使自己的合法权利。

(4) 在民事诉讼中，这一原则还要求当事人应具有平等的法律地位，享有平等的诉讼权利，拥有平等地行使诉讼权利的手段，人民法院应当保障和便利当事人平等地行使诉讼权利，对其一视同仁，为他们提供同等的机遇和便利条件。在民事诉讼中，当事人的诉讼权利体现为其享有同等或者对等的权利。对于有些诉讼权利，例如委托诉讼代理人权、申请回避权、收集与提供证据的权利、进行辩论的权利、请求调解的权利，以及上诉的权利等，双方当事人平等地享有；而当事人享有的有些诉讼权利是对应的，例如原告有起诉权，被告则拥有答辩权和反诉权，原告可以放弃或变更诉讼请求，被告可以承认或反驳诉讼请求。

2. 法院调解自愿和合法原则

调解分为诉讼中的调解和诉讼外的调解，诉讼外的调解包括人民调解委员会的调解、仲裁机构的调解和其他行政性调解等；诉讼中的调解是在人民法院主持下的调解，由审判人员主持，双方当事人就争议的问题本着互谅互让的精神进行协商，从而达成一定协议的诉讼行为。

在民事诉讼中可以进行调解，这主要是由民事诉讼的性质决定的，由于民事纠纷主体的平等性、民事权利的私权性，在诉讼中就应尊重当事人的意志，允许当事人在自愿、合法的基础上进行协商，从而解决他们之间的纷争，这也是当事人处分原则、辩论原则的体现。同时，在刑事自诉案件和刑事附带民事诉讼中也允许进行调解，在这些案件中的调解，原则上也应适用此处论述的调解自愿、合法等一系列原则。这一原则的主要内容为：

(1) 诉讼中的调解从性质上看，既是人民法院处理民事诉讼的一种方法，也是一种结案的方式，人民法院审理民事案件应当根据需要对当事人进行调解。

(2) 法院调解原则贯穿于民事诉讼活动过程的始终，无论是一审、二审，还是再审，无论是普通程序还是简易程序，只要有可能，都可以进行调解。

(3) 应明确调解并不是审理民事纠纷的必经程序，除了离婚案件必须先行调解之外，





其他案件并非必须进行调解，比如特别程序就不适用调解。只是对于能够用调解方式解决的民事案件，尽量予以调解解决，但不能“久调不决”。

(4) 法院调解应当坚持自愿原则，即调解的进行和调解协议的达成，必须是当事人真实意思的表示。首先，程序上应自愿，调解的进行应是当事人主动申请或者同意才可以，如果有一方当事人不同意，则调解不可以进行；其次，实体上要自愿，即调解达成的协议必须是当事人双方互谅互让、自愿协商的结果，当事人对协议内容的达成要自愿。

(5) 法院调解应当坚持合法原则，即整个调解活动和协议的内容要合法。首先，在程序上要合法，人民法院进行调解工作，必须严格遵循法律的规定进行；其次，实体上要合法，当事人达成协议的内容不得违反法律、法规的规定。

(6) 调解不成，应当及时判决。当人民法院在自愿合法的基础上不能用调解方式及时解决案件时，应当及时进行判决。

总的看来，人民法院在自愿和合法的基础上进行调解，有利于简化诉讼程序，及时解决纠纷，促进社会稳定，也有利于当事人对诉讼文书的自愿履行。

3. 处分原则

民事诉讼的处分原则是指民事诉讼当事人有权在法律规定的范围内自由地支配自己的民事实体权利和诉讼权利的准则。《民事诉讼法》规定：“当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。”这是当事人行使处分权的法律依据。

处分原则的主要内容：

(1) 享有处分权的主体：只有当事人和类似当事人的人才能享有处分权利，其他诉讼参与人不享有诉讼权利。其中，法定代理人处于类似当事人的诉讼地位，他可以代理当事人处分民事权利和诉讼权利，委托诉讼代理人只能在当事人特别授权的范围内行使处分权利。

(2) 当事人有权处分的对象：①处分民事实体权利，当事人是实体权利义务的直接承受者，有权在法律规定的范围内主张、放弃或者变更自己的实体权利。②处分诉讼权利，当事人在诉讼中，依法享有民事诉讼法所规定的一系列程序性权利，他是这些民事诉讼权利的主要承担者，有权对法律所赋予自己的程序性权利进行处置。③处分实体权利与处分诉讼权利的关系，当事人在诉讼中处分民事实体权利一般是通过处分诉讼权利来实现的，比如当事人减少或者放弃诉讼请求，一般是通过和解、撤诉或者调解达成协议，表示对民事权利的处分，当然并不是说处分诉讼权利就一定处分民事权利，例如在房屋租赁纠纷中，原告以被告在限定期限内腾房为条件而撤诉，尽管原告放弃了诉讼权利但并没有放弃对房屋的所有权，因此，当事人处分自己的诉讼权利与实体权利具有紧密的联系，但有时二者又是相互独立的。

(3) 处分原则的体现：当事人所享有的处分权利贯穿于民事诉讼活动过程的始终，在每个阶段都有体现：①当事人的民事权益受到侵犯或发生争执时，是否向人民法院起诉，由当事人决定。②诉讼开始后，原告可以放弃或者变更诉讼请求，被告可以承认或者反驳诉讼请求，有权提出反诉，双方可以自行和解，也可以提请调解。③对一审法院作出的裁判，依法可以上诉的，是否提出上诉，由他们自己决定。④对诉讼判决发生法律效力后，有执行内容可以申请执行的，是否申请人民法院强制执行，由权利人自己决定。

(4) 处分原则的限制：当事人处分民事实体权利和诉讼权利必须在法律规定的范围内进行，也就是说，处分原则是相对的，是有限的，不是无限的，如果当事人的处分行为超



过了法律规定，侵犯了他人的民事权益，其处分就应无效。当事人的处分行为应当接受人民法院的审查和监督，人民法院的审判权构成了对当事人处分权的制约和保障。

4. 辩论原则

民事诉讼中的辩论，是指双方当事人在人民法院的主持下，有权就案件的事实和争议的问题，各自陈述自己的主张和根据，互相进行辩驳和论证。《民事诉讼法》规定：“人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。”这是辩论原则的法律依据。

辩论原则的主要内容为：

(1) 辩论权是当事人的一项重要诉讼权利，对此人民法院应予以保障，而不能剥夺和侵犯。

(2) 辩论权贯穿于民事诉讼活动过程的始终。除特别程序、督促程序等之外，在一审、二审和审判监督程序中，都应贯彻辩论原则，允许当事人行使辩论权。辩论原则集中体现于开庭审理时的法庭调查阶段和法庭辩论阶段。但是辩论原则不同于法庭辩论，辩论原则有着广泛的内涵，法庭审理的辩论阶段只是行使辩论权的集中体现之一。

(3) 当事人辩论的范围：①是对案件的实体方面进行辩论，②是对适用法律进行辩论，三是对程序法上的争论进行辩论。双方当事人围绕争议的焦点进行辩驳，提出证据。

(4) 当事人辩论的形式：辩论既可以通过口头形式进行，也可以运用书面形式表达。其中包括：①口头形式，这是辩论的主要形式，主要集中于法庭审理阶段。②书面形式，主要在其他阶段进行，如诉讼开始时原告提出起诉状，被告提交答辩状，在诉讼进行中，一方可以提出书面申明，对方也可以提出相反的书面申明，以及当事人提交的一些申请书、意见书等。

(5) 人民法院对当事人辩论权的保障：人民法院要保障当事人辩论权的行使，具体说来，一是要接受诉讼文书和证据，听取陈述、辩论和质证；二是要正确指挥辩论；三是要正确判断当事人提出的一些请求。

(6) 辩论原则不同于刑事诉讼中的辩护原则。按照《宪法》第125条和《刑事诉讼法》第11条的规定，人民法院审判案件，被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。辩护原则是建立在公诉权和辩护权分立的基础上的，公诉人代表国家行使公诉权，被告人处于被审判的地位，只能就自己有罪与否和罪行轻重进行辩护；而辩论原则是建立在当事人诉讼地位完全平等基础上的，当事人双方都是平等的诉讼主体，辩论的范围是非常广泛的。

5. 支持起诉原则

支持起诉原则是指机关、团体、企事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，支持受害者起诉的诉讼原则，我国《民事诉讼法》规定：“机关、社会团体、企事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。”支持起诉原则是基于国家、集体和个人利益一致基础上所确立的一项我国特有的原则，其意义在于调动社会力量支持受害者与违法行为作斗争。支持起诉原则的内容为：

(1) 支持起诉者只能是机关、社会团体和企事业单位，例如妇联、工会、共青团等，公民个人不可以成为支持起诉的主体。

(2) 被支持起诉者可以是公民个人，也可以是单位。这里需要明确的是，被支持起诉者在诉讼中仍处于原告的诉讼地位。



(3) 被支持起诉的时间为，受损害的单位或自然人个人被他人造成了损害，但又不能、不敢或者不便诉至法院。如果其自己已经向法院起诉，就没必要支持了。

(4) 支持起诉的方式，可以是精神上、道义上的帮助，也可以是法律上、物质上的帮助。

6. 涉外诉讼中适用我国诉讼法的原则

人民法院审理涉外民事案件时，只能适用我国民事诉讼法。对此，《民事诉讼法》规定：“凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。”第237条规定：“对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约规定办理。”据此，在涉外民事诉讼程序中适用我国的诉讼法原则要求：

(1) 外国人、无国籍人或外国企业和组织在我国起诉、应诉，适用我国民事诉讼法；凡是属于我国人民法院管辖的案件，我国法院享有管辖权；外国法院的裁判必须经我国法院依法审查并予承认后，才能在我国领域内发生法律效力。

(2) 人民法院审理涉外民事案件，应当遵守我国缔结或参加的国际公约。国际公约的规定与国内法有冲突的适用公约规定，但是对于我国声明保留的条款除外。

(3) 对享有外交特权与豁免权的外国人、外国组织以及国际组织提起民事诉讼，应当依照我国缔结或参加的国际公约以及我国有关法律的规定办理。

7. 司法协助原则和同等、对等原则

司法协助是指不同国家的法院之间，根据本国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠的原则，在司法事务上相互协助，代为一定的诉讼行为。司法协助有利于促进各国经济、贸易、科技和文化的交流，有利于对国际犯罪的打击，有利于各国诉讼的顺利进行。司法协助原则的内容为：

(1) 司法协助的依据，无论刑事诉讼还是民事诉讼，司法协助的依据主要有：①我国与外国缔结的条约或者协定。自1987年开始，我国先后与一些国家签订了包含有刑事司法协助内容的条约或协定，也签订了许多民事方面的条约；②我国参加的具有司法协助内容的国际条约，例如《1970年海牙公约》、《1971年蒙特利尔公约》、《1958年承认和执行外国仲裁裁决公约》等；③按照互惠原则，如果我国与对方国家之间既没有签订司法协助方面的条约，也没有共同参加的国际公约，那么可以按照互惠原则进行司法协助。

(2) 在民事诉讼中，实行同等和对等原则，外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则。

(3) 司法协助的内容，主要包括：①代为送达文书。包括司法文书和非司法文书。司法文书是司法机关在诉讼中制作的各种法律文书和文件，非司法文书是司法文书以外但与诉讼有关的其他文书和文件，比如身份证明文件等。②代为调查取证。包括互相代为讯问犯罪嫌疑人、询问证人，互相委托进行鉴定、勘验、检查、搜查和扣押，互相代为通知证人、鉴定人出庭，互相移交物证、书证等证据。③承认和执行外国法院的民事裁判与仲裁机构的仲裁裁决。④引渡。所谓引渡，是指一国将当时在其境内而被他国指控犯有罪行或者判过刑的人，根据他国的请求，移送该国进行审判或者处罚的决定。我国与外国的引渡以与外国签订的引渡条约为依据。

1. (2009-3-82)^①关于辩论原则的表述,下列哪些选项是正确的?
 - A. 当事人辩论权的行使仅局限于一审程序中开庭审理的法庭调查和法庭辩论阶段
 - B. 当事人向法院提出起诉状和答辩状是其行使辩论权的一种表现
 - C. 证人出庭陈述证言是证人行使辩论权的一种表现
 - D. 督促程序不适用辩论原则
2. (四川 2008-3-36)^②关于民事诉讼的基本原则,下列哪一选项是正确的?
 - A. 当事人诉讼权利平等原则意味着当事人拥有相同的诉讼权利
 - B. 处分原则意味着法院无权干涉当事人诉讼权利的行使
 - C. 原告提起诉讼与被告进行答辩是辩论原则的表现
 - D. 调解原则适用于民事审判程序和民事执行程序
3. (四川 2008-3-46)^③在民事诉讼中,下列哪一选项属于当事人可以协商确定的事项?
 - A. 审判组织形式
 - B. 合同案件的管辖法院
 - C. 案件是否开庭审理
 - D. 举证责任的分配
4. (四川 2008-3-49)^④A 县法院对甲诉乙侵权纠纷一案未经开庭审理即作出了判决,该审判行为直接违反了下列哪一项原则或者制度?
 - A. 违反了当事人诉讼权利平等原则
 - B. 违反了辩论原则
 - C. 违反了合议制度
 - D. 违反了回避制度
5. (四川 2008-3-86)^⑤在民事诉讼中,下列哪些选项属于法院应当依职权进行审查的事项?
 - A. 本院对当事人起诉的案件是否享有管辖权
 - B. 当事人是否具有诉讼权利能力
 - C. 当事人是否具有诉讼行为能力

① BD。当事人辩论权贯穿于民事诉讼过程始终,A 项说法错误。辩论权是诉讼双方当事人享有,证人不是当事人,出庭作证不是行使辩论权,C 项说法错误。

② C。诉讼权利平等并不意味着双方当事人的诉讼权利相同,故 A 项说法错误。处分原则是指民事诉讼当事人有权在法律规定的范围内,处分自己的民事权利和诉讼权利。这里强调“法律规定的范围内”,意味着当事人行使处分权并不是完全没有限制的,需要在法律规定的范围内进行,因此选项 B 说法错误。原告起诉和被告答辩都是辩论原则的体现,故 C 项说法正确。调解原则是指人民法院在审理民事案件的时候,可以根据自愿和合法的原则进行调解。也就是说调解原则只适用于审判程序中,并不包括执行程序,故 D 项说法错误。

③ B。根据《民事诉讼法》第 25 条规定,合同案件的管辖法院可以由当事人协商确定,而 A、C、D 三项均是由法律直接予以规定,不能由当事人协商确定,故本题的正确答案为 B。

④ B。《民事诉讼法》第 12 条规定,人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。A 县法院未经开庭审理即作出了判决,侵犯了当事人的辩论权。故选项 B 正确,根据题意,并没有信息表示 A 县法院违反了 A、C、D 三项所涉及的原则及制度。

⑤ ABCD。法院对案件具有管辖权,属于法院受理起诉的条件之一,属于法院依职权审查的事项。民事诉讼权利能力是指能够成为民事诉讼当事人,享有诉讼权利,承担诉讼义务资格。当事人是否具有诉讼权利能力,关系到当事人能否成为民事诉讼适格当事人,因而属于法院的审查范围。当事人的诉讼行为能力影响到当事人在诉讼中所进行的诉讼行为的效力,也属于法院的审查范围。诉讼代理人的代理权和代理权限,影响到代理人的诉讼行为的效力,法院也必须审查。





D. 诉讼代理人是否有代理权以及代理权限的范围

6. (2008-3-38)^① 甲向法院起诉, 要求判决乙返还借款本金 2 万元。在案件审理中, 借款事实得以认定, 同时, 法院还查明乙逾期履行还款义务近一年, 法院遂根据银行同期定期存款利息, 判决乙还甲借款本金 2 万元, 利息 520 元。关于法院对该案判决的评论, 下列哪一选项是正确的?

- A. 该判决符合法律规定, 实事求是, 全面保护了权利人的合法权益
- B. 该判决不符合法律规定, 违反了民事诉讼的处分原则
- C. 该判决不符合法律规定, 违反了民事诉讼的辩论原则
- D. 该判决不符合法律规定, 违反了民事诉讼的平等原则

7. (2006-3-84)^② 根据民事诉讼法和有关司法解释, 当事人可以约定下列哪些事项?

- A. 约定合同案件的管辖法院
- B. 约定离婚案件的管辖法院
- C. 约定举证时限
- D. 约定合议庭的组成人员

8. (2006-3-90)^③ 在民事诉讼中, 法院对下列哪些事项可以不经当事人申请而作出处理?

- A. 诉讼中裁定财产保全
- B. 决定回避
- C. 甲裁定移送管辖
- D. 裁定先予执行

考点二 基本制度

重点法条

★第十条 人民法院审理民事案件, 依照法律规定实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。

★第四十条 人民法院审理第一审民事案件, 由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数, 必须是单数。

适用简易程序审理的民事案件, 由审判员一人独任审理。

陪审员在执行陪审职务时, 与审判员有同等的权利义务。

★第四十一条 人民法院审理第二审民事案件, 由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数, 必须是单数。

发回重审的案件, 原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。

审理再审案件, 原来是第一审的, 按照第一审程序另行组成合议庭; 原来是第二审的

① B。

② AC。涉外合同纠纷或涉外财产权益纠纷的双方当事人可约定案件的管辖法院, 离婚等身份关系案件的当事人不能选择案件的管辖法院。故 A 项符合题意, B 项错误。举证期限可以由当事人协商一致, 并经人民法院认可。故 C 项符合题意。合议庭的组成人员由人民法院决定, 当事人无权选择, 故 D 项不符合题意。

③ ABC。人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因, 使判决不能执行或者难以执行的案件, 可以根据对方当事人的申请, 作出财产保全的裁定; 当事人没有提出申请的, 人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。故 A 项正确。审判人员具有法定的回避事由的应当自行回避, 当事人及其法定代理人也有权要求他们回避, 故 B 项正确。人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的, 应当移送有管辖权的人民法院, 受移送的人民法院应当受理。故 C 项正确。人民法院裁定先予执行, 须依当事人的申请。故 D 项不选。



或者是上级人民法院提审的，按照第二审程序另行组成合议庭。

★第四十二条 合议庭的审判长由院长或者庭长指定审判员一人担任；院长或者庭长参加审判的，由院长或者庭长担任。

★★第四十三条 合议庭评议案件，实行少数服从多数的原则。评议应当制作笔录，由合议庭成员签名。评议中的不同意见，必须如实记入笔录。

第四十四条 审判人员应当依法秉公办案。

审判人员不得接受当事人及其诉讼代理人请客送礼。

审判人员有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，应当追究法律责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

★第四十五条 审判人员有下列情形之一的，必须回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避：

- (一) 是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属；
- (二) 与本案有利害关系；
- (三) 与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

前款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

★★第四十六条 当事人提出回避申请，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。

被申请回避的人员在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外。

★★第四十七条 院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。

★第四十八条 人民法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出的三日内，以口头或者书面形式作出决定。申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次。复议期间，被申请回避的人员，不停止参与本案的工作。人民法院对复议申请，应当在三日内作出复议决定，并通知复议申请人。

考点解析

民事诉讼的基本制度包括合议制度、回避制度、公开审判制度和两审终审制度等，具体说来：

(一) 合议制度

合议制度与独任制度相对应，它是指由三名以上的审判人员组成审判集体，代表人民法院行使审判权，对案件进行审理并作出裁判的制度；而独任制是指由审判员一人单独审判案件的组织形式，其主要适用于简易程序中。实行合议庭审判，是民主集中制原则在我国审判活动中的体现，有利于充分发挥集体的智慧和力量，弥补审判人员个人知识上的缺陷和认识上的不足，避免个人专断和主观片面，提高办案质量，保证人民法院公正审理案件。合议庭和独任庭是人民法院审判案件的两种基本审判组织形式。

1. 合议庭的组织形式

合议庭的组成，因审判程序和人民法院级别的不同而有所不同，主要情况有以下五种：

- (1) 第一审合议庭。“人民法院审理第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合



议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。”至于合议庭组成的人数没有详细列明。

(2) 第二审合议庭。“人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。”陪审员不可以参与。

(3) 再审合议庭。按照审判监督程序，对于人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，如果发现确有错误，应当决定再审。再审的案件可能是第一审法院审结的案件，也可能是第二审法院审结的案件：①原来是第一审的，应当按照第一审程序另行组成合议庭；②原来是第二审的，应当按照第二审程序另行组成合议庭；③上级人民法院提审的案件，应按第二审程序另行组成合议庭，即由审判员组成合议庭。需要注意的是，审理再审案件的合议庭都必须另行组成，原来参加过合议庭的审判员或陪审员均不能再参加再审案件的合议庭。

(4) 发回重审案件的合议庭。在二审程序中，人民法院审理上诉案件，认为原判决认定事实不清、证据不足的，可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重审，也可以查清事实后改判；对于一审违反法定程序可能影响案件正确审判的，应当裁定撤销原判，发回重审。对于发回重审案件必须组成合议庭审理，并且应当依照第一审程序另行组成合议庭，即原来参加合议庭的审判员或陪审员不得再进入重审合议庭，以避免先入为主，使错误得不到纠正。

2. 合议庭的活动原则和职责

(1) 合议庭依法只能由经过合法任命的本人民法院审判员和在本院执行职务的人民陪审员组成。除此之外，任何人不得参加合议庭审判案件。

(2) 合议庭是一个集体，在审理案件时需要其中一人担任审判长来指挥案件审判的整个过程。合议庭应由院长或者庭长指定一人担任审判长。院长或者庭长参加案件审判的时候，自己担任审判长。应当注意，人民陪审员不得担任审判长。

(3) 为了体现审判民主，保证案件的公正处理，民事诉讼法规定，合议庭评议案件实行少数服从多数原则，合议庭在评议和表决的时候，每名成员有平等的发言权和表决权。对案件的判决、裁定要按照合议庭的多数意见制定。但每一个合议庭成员在评议时都可以充分发表自己的意见，对于少数意见，必须如实记入笔录，然后由合议庭成员签名。

(4) 合议庭评议案件不公开进行，除书记员参加记录外，其他人员不得参加评议或旁听。

另外，合议庭开庭审理并且评议后，应当作出判决。对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定，合议庭应当执行。

3. 审判委员会

审判委员会是人民法院内部领导审判工作的组织机构。审判委员会委员由院长提请本级人民代表大会常务委员会任免，审判委员会由院长主持，本级人民检察院检察长可以列席并且对于讨论事项发表意见，但不能参加表决。

对于审判委员会的性质，《人民法院组织法》第11条规定，各级人民法院均设立审判委员会，实行民主集中制。审判委员会的任务是总结审判经验，讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。审判委员会不同于合议庭，它不直接开庭审理案件，也不对所有的案件进行讨论并且作出决定，而合议庭则是人民法院实现其审判职能的组织形



式，它的任务就是代表人民法院对具体案件行使审判权，解决当事人之间的民事权利义务关系。

审判委员会与合议庭的关系，是指导与被指导、监督与被监督的关系，但这种关系不属于行政领导与被领导的关系，审判委员会在审判业务上对合议庭进行指导和监督。审判委员会实行民主集中制，各成员享有平等的发言权和表决权。审判委员会讨论案件，应当在合议庭审理的基础之上进行，并且应当充分听取合议庭成员关于审理和评议情况的说明。审判委员会不直接开庭审理案件，不能以自己的名义发布裁判，但它对重大疑难案件享有讨论决定权，其对案件作出的最后处理意见，合议庭必须执行。本法院院长发现合议庭作出的发生法律效力判决、裁定确有错误的，必须提交审判委员会讨论，才能决定再审。

（二）回避制度

回避制度，是指在民事诉讼进行中，审判人员及其他工作人员，遇有法律规定的情形时，退出对某一具体案件的审理或诉讼活动的制度。我国民事回避制度的主要内容有：

1. 回避的对象

回避制度不仅适用于审判人员，也适用于案件的书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

2. 回避的理由

“当事人提出回避申请，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。”

3. 回避的决定主体

按照《民事诉讼法》的规定，院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。

要注意的是，在书记员、鉴定人和翻译人员等“其他人员”回避的决定权上，民事诉讼法和刑事诉讼法的规定是不同的。

4. 申请回避的法律效果

被申请回避的人员在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外，这里的“紧急措施”，是指需要采取财产保全、先予执行等措施的情形。

5. 不服回避决定的救济

在民事诉讼中，人民法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出的3日内，以口头或者书面形式作出决定；申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次，复议期间，被申请回避的人员，不停止参与本案的工作；人民法院对复议申请，应当在3日内作出复议决定，并通知复议申请人。

在二审中，第二审人民法院发现或者根据当事人、诉讼代理人、辩护人的举报，认为第一审人民法院的审理有违反回避情形之一的，经核查属实，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

（三）公开审判制度

公开审判制度是指人民法院审判民事案件的活动，除法定的情形之外，一律公开进行，依法向当事人和社会公开的制度。对此，我国《宪法》第125条规定，人民法院审理



案件，除法律规定的特殊情况外，一律公开进行；人民法院审理民事案件，依照法律规定实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。1999年最高人民法院又公布了《关于严格执行公开审判制度的若干规定》，要求“人民法院进行审判活动，必须坚持依法公开审判制度，做到公开开庭，公开举证、质证，公开宣判”，对公开审判问题作了系统规范。

1. 公开审判的内容

(1) 依法公开审理案件应当在开庭3日以前公告。公告应当包括案由、当事人姓名或者名称、开庭时间和地点，以便群众旁听。

(2) 庭审过程必须向当事人公开，即当庭举证、质证、辩论、认证，或者当庭宣判等。

(3) 除法律规定不公开审理的案件外，审判过程向群众公开，向社会公开，允许群众旁听；依法公开审理案件，经人民法院许可，新闻记者可以记录、录音、录像、摄影、转播庭审实况。外国记者的旁听按照我国有关外事管理规定办理。

(4) 不论是否公开审理，判决一律要公开宣告。

(5) 民事案件中，庭审前当事人有权了解对方当事人提供的证据材料，以及阅览庭审笔录。

2. 不公开审理的范围

案件以公开审理为原则，不公开审理为例外。对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。在民事诉讼中，不公开审理的情形分以下三种情形：

(1) 涉及国家秘密的案件，一律不公开审理。

(2) 涉及个人隐私的案件，一律不公开审理。

(3) 离婚案件，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。离婚案件往往会涉及当事人的感情和私生活方面的情况，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理；商业秘密主要指技术秘密、商业情报及信息等，会涉及当事人的经济利益，对此人民法院可以根据当事人的申请，决定不公开审理。

凡依法应当公开审理的案件没有公开审理的，应当按下列规定处理：①当事人提起上诉或者人民检察院对刑事案件的判决、裁定提起抗诉的，第二审人民法院应当裁定撤销原判决，发回重审。②当事人申请再审的，人民法院可以决定再审；人民检察院按照审判监督程序提起抗诉的，人民法院应当决定再审。上述发回重审或者决定再审的案件应当依法公开审理。

(四) 两审终审制度

两审终审制度是指一个案件最多经过两级法院的审判即告终结的制度。在我国，现在实行的是四级两审终审：所谓四级，即人民法院组织体系分为最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院和基层人民法院，而人民法院的审级则为两级，专门人民法院也相当于地方各级人民法院，除基层人民法院外，中级以上的各级人民法院都可以依法作为第一审级的法院审判案件，也可以依法作为第二审级的法院审判案件。

两审终审制度的含义为：

1. 一个案件最多经过两次审理即告终结，二审法院的裁判是终审的裁判，对此不服也不能上诉。

2. 两级法院的审理程序有所不同，例如民事案件的二审可适用径行判决的方式进行审理；两级法院的裁判方式有所区别，一审可以作出不予受理、驳回起诉的裁定，二审则

可以作出将案件发回重审的裁定和驳回上诉的判决等。

3. 在两级法院审理案件的衔接上, 应由合法的上诉或者抗诉引起。如果没有合法的上诉或者抗诉, 即在法定期限内有权上诉的人没有提出上诉, 或者同级人民检察院也没有提出抗诉, 地方各级人民法院和专门人民法院的一审判决、裁定, 就发生了法律效力, 应立即交付执行。

4. 并不是所有的案件都是两审终审, 有些案件实行的是一审终审, 例如, 最高人民法院受理的一审案件, 特别程序、督促程序、公示催告程序审理的案件等, 对此不服都不可以上诉。

真题演练

1. (2008-3-83)^①根据我国《民事诉讼法》和相关司法解释的规定, 下列关于审判组织的哪些表述是正确的?

- A. 再审程序中只能由审判员组成合议庭
- B. 二审法院裁定发回重审的案件, 原审法院应当组成合议庭进行审理
- C. 法院适用特别程序审理案件, 陪审员不参加案件的合议庭
- D. 中级法院作为一审法院时, 合议庭可以由审判员与陪审员共同组成, 作为二审法院时, 合议庭则一律由审判员组成

2. (2007-3-35)^②关于民事诉讼中的公开审判制度, 下列哪一选项是错误的?

- A. 公开审判制度是指法院审理民事案件, 除法律规定的情况外, 审判过程及结果应当向群众、社会公开
- B. 公开审判是指法院审理案件和宣告判决一律公开进行的制度
- C. 涉及国家秘密的案件, 属于法定不公开审理的案件
- D. 离婚案件, 属于当事人申请不公开审理, 法院决定可以不公开审理的案件

3. (2006-3-37)^③根据我国民事诉讼法和相关司法解释的规定, 下列关于审判组织的哪一表述是错误的?

- A. 第二审程序中只能由审判员组成合议庭
- B. 二审法院裁定发回重审的案件, 原审法院可以由审判员与陪审员共同组成合议庭
- C. 法院适用特别程序, 只能采用独任制
- D. 独任制只适用于基层法院及其派出法庭

4. (2005-3-97~100) 李大民(男)与张小丽(女)于1998年登记结婚。1999年张小丽由于做生意亏损、夫妻感情恶化等原因, 患精神病, 丧失民事行为能力。2000年2月, 李大民向某市河海区人民法院提起诉讼, 请求判决与张小丽离婚。张小丽的母亲马雨

① BCD。审理再审案件, 原来是一审的, 按一审程序审理案件, 此时, 可以由审判员、陪审员共同组成合议庭进行再审, 所以 A 选项不正确。

② B。A、B 选项是一组对立选项, 公开审判制度是我国民事诉讼的基本制度, 但它不是任何案件“一律”适用的制度。根据《民事诉讼法》第 120 条, A 选项正确, B 选项错误, 错就错在“一律”二字。同样, 根据《民事诉讼法》第 120 条, C、D 选项是正确的。

③ C。人民法院审理第二审民事案件, 由审判员组成合议庭, 合议庭的成员人数, 必须是单数。故 A 项内容正确。发回重审的案件, 原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。人民法院审理第一审民事案件, 由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数, 必须是单数。所以 B 项内容正确。基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件, 适用简易程序。故 D 项内容正确。依照特别程序审理的选民资格案件和重大、疑难案件由审判员组成合议庭审理, 所以 C 项内容错误。



霞作为张小丽的法定代理人参加了诉讼。请回答以下 97 ~ 100 题。

97. ①关于案件的审理是否公开，下列何种说法是正确的？

- A. 依法只能公开审理
- B. 依法只能不公开审理
- C. 如果马雨霞申请不公开审理，可以不公开审理
- D. 由双方协商决定是否公开审理

98. ②假设在诉讼中，法院对案件进行调解，下列何种行为是合法的？

- A. 法院对案件主动进行调解
- B. 马雨霞代张小丽作出了同意离婚的意思表示
- C. 应马雨霞的要求，法院根据调解协议的内容制作判决书
- D. 本案调解达成离婚协议，法院可以不制作调解书和判决书

99. ③假设一审法院判决不准许李大民与张小丽离婚，李大民不服提起上诉，二审法院审理后认为应当判决离婚，在此情况下，二审法院应如何处理？

- A. 直接依法改判离婚
- B. 只能将案件发回重审
- C. 可以根据当事人自愿的原则，与子女抚养、财产问题一并调解，调解不成，发回重审
- D. 可以根据当事人自愿的原则，与子女抚养、财产问题一并调解，调解不成，依法改判

100. ④假设二审判决生效后两个月，张小丽的精神病治愈，她认为判决存在错误，准备申请再审，依照法律和司法解释的规定，对她的何种请求法院不得再审？

- A. 请求撤销离婚判决
 - B. 请求改变一、二审判决中已经作出处理的夫妻共同财产分割
 - C. 请求分割一、二审判决中未作处理的夫妻共同财产
 - D. 提出不同意马雨霞的代理行为，请求撤销一审和二审判决
5. (2003 - 3 - 79) ⑤下列有关民事诉讼中实行公开审判的表述哪些是不正确的？
- A. 案件的审理、合议庭的评议、判决的宣告应当公开
 - B. 对于涉及国家秘密的案件不公开审理，但宣判要公开
 - C. 对于涉及个人隐私的案件，人民法院应当根据当事人申请不公开审理
 - D. 离婚案件只能不公开审理

① C。参见《民事诉讼法》第 120 条。

② ABC。参见《民事诉讼法》第 120 条。

③ C。参见《民事诉讼法》第 120 条。

④ ACD。

⑤ ACD。



第二讲 主管与管辖

【本讲概要】 本讲应当了解民事诉讼主管、民事诉讼各类管辖的概念、管辖权异议和管辖恒定的概念。理解确定民事诉讼管辖的原则，民事诉讼法所规定的民事诉讼各类管辖的具体内容，不同类别管辖之间的关系。熟悉各类管辖适用的条件，并能够结合实践情况运用。

考点一 民事诉讼主管

重点法条

★第三条 人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼，适用本法的规定。

考点解析

1. 法院对民事案件主管的含义

主管从广义上讲，是指国家机关、社会团体之间的分工和权限。任何一个国家机关或者社会团体都有其职权范围，人民法院作为国家的审判机关，审理民事案件，解决民事纠纷，这是它的职能之一。但是现实生活中的民事纠纷种类繁多，范围广泛，数量很大，情况复杂，不可能也无必要都要由法院通过民事诉讼程序来解决。我国的行政机关、仲裁机构和有关社会团体也都承担解决一定范围内民事纠纷的任务。这样，哪些纠纷应由人民法院处理，哪些纠纷应由其他国家机关或社会团体处理，这就是民事诉讼中主管所要解决的问题。

民事诉讼中所称的法院主管，是指人民法院依法受理、审判解决一定范围内民事案件的权限，即确定人民法院与其他国家机关、社会团体之间解决民事纠纷的分工和职权范围。法院对民事案件主管的实质乃是确定人民法院审理民事案件的权限范围问题。

人民法院主管具有两方面的功能：一是划定法院在民事诉讼中的受案范围，以确定哪些纠纷属于法院民事审判权的作用范围，哪些纠纷不属于民事审判权的作用范围；二是解决法院和其他国家机关、社会组织在解决民事纠纷上的分工和权限问题，以便它们按照各自职责范围有条不紊地受理和解决民事纠纷。

2. 人民法院主管的范围

我国确定法院主管的标准是从法律关系的主体、内容和性质等方面界定的。“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼，适用本法的规定。”根据这一规定，人民法院主管范围内的民事纠纷，必须具备以下条件：



(1) 主体要件：即人民法院受理的是平等主体的公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系发生的民事纠纷。一方面，作为诉讼主体的不限于我国的公民、法人或其他组织，而且包括外国人、无国籍人、外国企业或者组织；另一方面，这些主体之间必须是平等的，不存在行政隶属关系。

(2) 内容条件：人民法院受理的是平等主体之间因财产关系和人身关系引起的民事纠纷，而不是因其他社会关系引起的纠纷。所谓财产关系，是指人们在生产、交换、分配、消费物质财富过程中发生的社会关系；所谓人身关系，是指人们在社会生活中基于人格或身份发生的或者基于创造发明而支配一定精神财富发生的社会关系，如名誉关系、著作权关系、发明关系等。人民法院主管范围内因财产关系和人身关系发生的民事纠纷，主要由以下法律部门调整：①民法；②婚姻法；③劳动法、经济法调整的财产关系和人身关系；④其他法律调整的社会关系产生的特殊类型案件。如《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》第28条规定，公民不服选举委员会就选民名单申诉所作的处理决定时，可以向选区所在地人民法院起诉，这种案件属于人民法院受理的特殊民事案件。又如宣告公民失踪案件，它并非民事权益争议案件，但由于民法对其作了规定，民事诉讼法也相应的作出配套规定，将之确定为特殊民事案件。

3. 程序条件：只有人民法院审理的民事案件，才适用民事诉讼法的程序规定，由其他国家机关或社会团体处理的民事纠纷，则不适用民事诉讼法的程序规定。

3. 人民法院主管与其他机关、团体解决民事纠纷的关系

要准确界定人民法院主管民事案件的范围，必须理顺人民法院与其他机关、团体之间在解决民事争议上的关系。根据我国法律规定和实践经验，在解决人民法院与其他国家机关、社会团体解决民事纠纷的关系上，原则上应采取“司法最终解决”原则。所谓“司法最终解决”原则，是指一切其他机关和组织不能彻底解决的纠纷，均由法院通过审判的方式作为解决纠纷的最后手段；法院的裁判具有最高的权威性和法律效力，对其他机关、团体和个人都具有约束力。该原则包括两方面含义：一是国家其他机关、社会团体受理的民事纠纷，当无法彻底解决时，都由人民法院主管，通过审判方式最终解决纠纷；二是一件纠纷涉及多个法律关系，若其中有属于人民法院主管的，即发生主管重合时，那么该纠纷一并归法院主管，采用审判方式解决。具体而言，人民法院与其他机关、团体解决民事纠纷的关系包括：

(1) 人民法院主管与人民调解委员会解决民事纠纷的关系。人民调解委员会是群众性民间组织，其任务是调解民间的一般民事纠纷，性质严重、影响重大、情节复杂的民事纠纷不属人民调解委员会调解的范围，而属于人民法院受理的案件范围。但是人民调解委员会的调解不是解决民事纠纷的必经程序，司法解决才是最终的手段。民事纠纷当事人享有选择调解与诉讼的权利。人民调解委员会与人民法院是并列存在、相互配合最终服从司法解决的关系：①不属于人民调解委员会处理的重大复杂的民事纠纷，由法院主管；②对法院和人民调解委员会都有权处理的纠纷，双方当事人同意交人民调解委员会调解的，由调解委员会调解；③一方向调解委员会申请调解，另一方向法院起诉的，由法院主管；④调解不成或调解达成协议后反悔，当事人向法院起诉的，由法院主管。

(2) 人民法院主管与仲裁委员会仲裁的关系。仲裁是解决民事纠纷的重要途径。人民法院和仲裁委员会在受理民事案件上的关系是：①或裁或审：仲裁与审判相排斥，当事人依法选择了仲裁方式解决纠纷的，就不得再向人民法院起诉，当事人选择了诉讼方式解决



纠纷的，就不得向仲裁机构申请以仲裁方式解决纠纷。涉外经济贸易、运输和海事合同等发生纠纷，当事人有书面协议选择仲裁机构仲裁的，该纠纷只能通过仲裁解决；当事人没有订立仲裁协议的，可以向人民法院起诉。②一裁终局：仲裁裁决生效后，当事人不服的，不得向人民法院起诉，“经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉”。③法院主管的范围大于仲裁委员会主管的范围：《仲裁法》第3条规定：婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷以及依法应当由行政机关处理的行政争议，不得申请仲裁。④当事人在仲裁裁决被法院依法撤销或裁定不予执行，又未重新达成仲裁协议的情况下向法院提起民事诉讼的，法院应当受理。⑤一方向法院起诉未声明有仲裁协议，法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为该法院有管辖权。

(3) 人民法院主管与劳动争议仲裁的关系。劳动争议仲裁是一种特殊类型的仲裁，针对的是有关劳动关系的纠纷，劳动争议仲裁委员会不同于民间性质的仲裁委员会，它由劳动行政部门的代表、同级工会的代表、用人单位方面的代表组成。在劳动争议仲裁与法院主管的关系上，我国《劳动法》规定，劳动争议的当事人必须已经仲裁而后才能提起诉讼，即劳动争议发生后，当事人可以向本单位劳动争议委员会申请调解，也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到裁决书之日起15日内向法院起诉。

(4) 法院主管与乡（镇）政府解决民事纠纷的关系。乡、镇政府设有司法助理员，司法助理员作为基层政府的司法行政工作人员，具体负责处理民间纠纷的工作，其受理民事案件的范围和人民调解委员会的一致。法院的主管优先于乡、镇人民政府的主管，并且乡、镇政府司法助理员的调处没有法定效力，一方不服起诉到法院的，法院仍然作为民事案件受理。

(5) 人民法院主管与其他行政机关解决民事纠纷的关系。在我国，国家行政机关对于少数民事纠纷享有调处权，除乡、镇政府以外的行政机关在处理民事权益纠纷时，常用的处理方式有行政调解、行政裁决和行政仲裁。但是，对民事纠纷的处理，立法上必须坚持司法最终解决原则，任何行政机关都不能强迫调处或享有最终裁决权，法院主管与其他行政机关解决民事纠纷的关系可以分为以下几个方面：①法院主管优先，即一方当事人请求行政机关处理，另一方向人民法院提起民事诉讼的，由法院主管。②双方当事人均请求行政机关处理的，由行政机关主管。③行政机关的处理不是终局处理，当事人不服的，一般可以提起诉讼。例如，我国《土地管理法》第16条规定，土地的所有权或使用权发生争议时，当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以在接到处理决定通过之日起30日内向人民法院起诉。④行政机关的处理行为如果属于行政行为性质，例如裁决，当事人不服提起诉讼的，属于行政诉讼主管的范围。

真题演练

1. (2006-3-80)①王某是某电网公司员工，在从事高空作业时受伤，为赔偿问题与电网公司发生争议。王某可以采用哪些方式处理争议？

A. 可以向本公司劳动争议调解委员会申请调解，调解不成的，可以申请劳动仲裁

① ABD。根据《劳动法》第79条规定，劳动争议实行仲裁程序前置，当事人不能不经过劳动仲裁而直接向法院起诉，故A项、B项正确，C项错误。如果进行诉讼并按简易程序处理，法院开庭审理时，可以申请先行调解，故D项正确。

B. 可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,对仲裁裁决不服的,可以向法院提起诉讼

C. 可以不申请劳动仲裁而直接向法院起诉

D. 如果进行诉讼并按简易程序处理,法院开庭审理时,可以申请先行调解

2. (2002-3-73)^① 吴某大学毕业后到武汉自谋职业,由武汉市人才交流服务中心推荐到某信息中心工作。吴某到该中心正式上班后,双方并未签订聘用合同。上班不久,吴某生病住院,花去医疗费若干。该信息中心以未签劳动合同为由拒付医疗费。吴某应如何请求解决?

A. 吴某必须先向该信息中心劳动争议调解委员会申请调解调解不成,可向劳动争议仲裁委员会申请仲裁

B. 吴某可直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,无须先行经过调解

C. 吴某只能向法院起诉,因为其与用人单位未签仲裁协议

D. 吴某必须先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,对此仲裁裁决不服,方可向法院起诉

考点二 管辖概述

重点法条

《民诉意见》

★34. 案件受理后,受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更的影响。

★★★35. 有管辖权的人民法院受理案件后,不得以行政区域变更为由,将案件移送给变更后有管辖权的人民法院。判决后的上诉案件和依审判监督程序提审的案件,由原审人民法院的上级人民法院进行审判;第二审人民法院发回重审或者上级人民法院指令再审的案件,由原审人民法院重审或者再审。

考点解析

1. 管辖与主管的关系

民事诉讼中的管辖,是指各级人民法院之间和同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限,是关于同级法院或者上下级法院之间受理一审民事案件的划分,是当事人在民事权益受到侵害或者发生争议后到哪一级的哪一个法院去起诉或应诉,请求给予司法保护,它是在人民法院内部具体落实民事审判权的一项制度。

管辖与主管的关系。主管解决的是法院同有关机关之间处理民事纠纷或其他纠纷的分工或权限问题,它只划定了民事审判权作用的范围,只解决了哪些纠纷可以作为民事诉讼受理,而未解决具体由哪个人民法院受理这一纠纷;而管辖解决的是法院系统内部处理第一审民事案件的分工和权限问题,是对民事案件第二次分配。管辖与主管之间的联系为:主管先于管辖发生,它是确定管辖的前提与基础,只有首先确定某一纠纷属于民事诉讼受

^① BD。参见《劳动法》第79条。





案范围后，才有必要通过管辖将它具体分配到某个人民法院，而管辖则是对属于人民法院民事诉讼主管范围案件的具体落实，确定由哪个人民法院来具体行使审判权。

2. 确定管辖的原则

我国《民事诉讼法》是依据下列原则来确定管辖的：

- (1) 便于当事人进行诉讼。
- (2) 便于人民法院审理案件和执行裁判。
- (3) 保证案件的公正审判。
- (4) 保证各级人民法院工作负担的均衡。
- (5) 确定性与灵活性相结合。

(6) 有利于维护国家主权。在涉外民事诉讼中，管辖问题与国家主权有密切关系，是国家主权在司法问题上的具体表现。因此，在规定涉外诉讼的管辖时，应尽可能在合理的范围内拓宽我国人民法院对涉外民事案件的管辖权。

3. 管辖恒定原则

司法最终解决原则是在确定人民法院主管，即人民法院与其他机关、社会团体之间受理民事案件的分工时的一项重要原则，而管辖恒定原则则是在确定人民法院对案件的管辖权时所应奉行的基本原则。

管辖恒定原则是指确定案件的管辖权，以起诉时为标准，起诉时对案件享有管辖权的人民法院，不因确定管辖的事实在诉讼过程中发生变化而影响其管辖权。

管辖恒定反映了诉讼经济的要求，它既可以避免管辖变动造成司法资源的浪费，又可以减少当事人讼累，使诉讼尽快了结。

管辖恒定包括级别管辖恒定和地域管辖恒定，其中级别管辖恒定主要指级别管辖按起诉时的诉讼标的额确定后，不因为诉讼过程中标的额增加或减少而变动。最高人民法院1996年5月在《关于执行级别管辖规定几个问题的批复》中规定：当事人在诉讼中增加诉讼请求从而加大诉讼标的额，致使诉讼标的额超过受诉人民法院级别管辖权限的，一般不再予以变动。但当事人故意规避有关级别管辖等规定的除外。这一规定，体现了管辖恒定的要求。

而地域管辖恒定是指地域管辖按起诉时的标准确定后，不因为诉讼过程中确定管辖的因素的变动而改变。地域管辖恒定的主要内容为：①案件受理后，受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更的影响。②有管辖权的人民法院受理案件后，不得以行政区划变更为由，将案件移送给变更后有管辖权的人民法院。

4. 管辖的分类

(1) 管辖在法律上的分类。我国《民事诉讼法》第一编第二章专门对管辖作了规定，这些规定将管辖分为级别管辖、地域管辖、移送管辖、指定管辖4大类。其中，地域管辖又进一步分为6小类，即一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖、共同管辖、选择管辖和协议管辖。

(2) 管辖在诉讼理论上的分类。根据民事诉讼理论，按照不同的标准对诉讼管辖进行分类：①法定管辖和裁定管辖。②专属管辖和协议管辖。③共同管辖和合并管辖。

5. 专门法院的管辖

专门法院与地方法院相对应，包括海事法院、军事法院、铁路运输法院等，专门法院受理民事案件的范围为：

(1) 海事法院。海事法院受理当事人因海事侵权纠纷、海商合同纠纷（包括海上运输合同、海船租用合同、海上保险合同、海船船员劳动合同等），及法律规定的其他海事纠纷提起的诉讼。

(2) 军事法院。如果仅有当事人一方属于军队内部单位的民事案件，应由有管辖权的地方法院受理；只有双方当事人都是军队内部单位的经济纠纷案件，才由军事法院管辖。

(3) 铁路运输法院。铁路运输法院管辖的范围主要有：①铁路运输合同纠纷；②代办托运、包装整理、仓储保管、接取送达等铁路运输延伸服务合同纠纷；③铁路系统内部的经济纠纷案件；④对铁路造成损害的侵权纠纷案件。

真题演练

(2009-3-80)① 2008年7月，家住A省的陈大因赡养费纠纷，将家住B省甲县的儿子陈小诉至甲县法院，该法院受理了此案。2008年8月，经政府正式批准，陈小居住的甲县所属区域划归乙县管辖。甲县法院以管辖区域变化对该案不再具有管辖权为由，将该案移送至乙县法院。乙县法院则根据管辖恒定原则，将案件送还至甲县法院。下列哪些说法是正确的？

- A. 乙县法院对该案没有管辖权
B. 甲县法院的移送管辖是错误的
C. 乙县法院不得将该案送还甲县法院
D. 甲县法院对该案没有管辖权

考点三 级别管辖

重点法条

★★★第十九条 中级人民法院管辖下列第一审民事案件：

- (一) 重大涉外案件；
(二) 在本辖区有重大影响的案件；
(三) 最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

第二十条 高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件。

★第二十一条 最高人民法院管辖下列第一审民事案件：

- (一) 在全国有重大影响的案件；
(二) 认为应当由本院审理的案件。

【关联法条】

《民诉意见》

★1. 民事诉讼法第十九条第（一）项规定的重大涉外案件，是指争议标的额大，或者案情复杂，或者居住在国外的当事人人数众多的涉外案件。

★2. 专利纠纷案件由最高人民法院确定的中级人民法院管辖。

海事、海商案件由海事法院管辖。

① ABC。参见《民诉意见》第35条。



（一）级别管辖的内涵

级别管辖是指按照一定的标准，划分上下级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。根据《人民法院组织法》的规定，我国人民法院分四级，即基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院，此外还有专门人民法院，如军事法院、海事法院和铁路运输法院，并且每一级都受理一审民事案件，因此需要运用级别管辖对四级人民法院受理一审民事案件的权限进行分工。级别管辖是从法院组织系统即纵的方向来划分每一级人民法院各自管辖一审民事案件的权限和范围。

级别管辖的确定标准，主要是考虑以下几个方面的因素：

（1）案件的性质。案件性质不同，审理起来难易程度也不同。重大涉外案件在性质上不同于一般涉外案件，专利案件，海事、海商案件专业性强，在性质上也不同于一般案件。这些性质特殊的案件，应当由较高级别的人民法院管辖。

（2）案件的繁简程度。在确定级别管辖时，有必要考虑案件的繁简程度，将简单的案件分配给低级别的人民法院，将复杂的案件分配给级别较高的人民法院。

（3）案件的影响的大小。所谓案件的影响大小，主要是从以下几个方面考虑：一是案件的难易程度；二是案件涉及的范围，包括所涉及的地区、部门、当事人等；三是案件审理结果可能对社会产生的影响。根据《民诉意见》第3条的规定：各高级人民法院可以依照《民事诉讼法》第19条第2项、第20条的规定，从本地实际情况出发，根据案情繁简、诉讼标的金额大小、在当地的实际影响等情况，对本辖区内一审案件的级别管辖提出意见，报最高人民法院批准。

（二）各级人民法院管辖一审民事案件的范围

1. 基层人民法院管辖的第一审民事案件

“基层人民法院管辖第一审民事案件，但本法另有规定的除外。”基层人民法院是我国法院组织系统中最基层的单位，它与我国的基层行政辖区相一致，不仅数量多、分布广，遍布各个基层行政区域，而且当事人的住所地、争议财产所在地、纠纷发生地，一般都处在特定的基层人民法院的辖区之内。由于《民事诉讼法》规定由其他各级人民法院管辖的案件为数较少，所以这一规定实际上把大多数民事案件都划归基层人民法院管辖。

2. 中级人民法院管辖的第一审民事案件

中级人民法院管辖的一审民事案件有三类：

（1）重大的涉外案件。涉外案件是指具有涉外因素的民事案件，即诉讼当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业和组织，或者当事人之间的民事法律关系的设立、变更、终结的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在国外的民事案件。由于涉外民事案件涉及国家主权问题，所以，《民事诉讼法（试行）》曾将所有的涉外民事案件都划归中级人民法院管辖。这是当时根据我国改革开放初期涉外案件少，人民法院处理涉外案件经验不足的国情作出的规定。但随着涉外案件逐渐增多，以及有些涉外案件并不是很复杂的因素，《民事诉讼法》仅将“重大涉外案件”划归中级人民法院管辖，而一般涉外案件则由基层人民法院管辖。那么，如何理解“重大涉外案件”呢？按照《民诉意见》第1条的规定，“重大涉外案件”是指争议标的额大，或者案情复杂，或者居住在国外的当事人人



数众多的涉外案件。

(2) 在本辖区有重大影响的案件。

(3) 最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。这是根据最高人民法院的规范性文件确定管辖法院的。目前这类案件主要有以下几种：

① 海事、海商案件。海事、海商案件是指因海上船舶碰撞、追索海难救助报酬、海上运输合同、船务代理合同等发生纠纷的案件，由作为专门人民法院的海事法院管辖。根据1984年最高人民法院《关于设立海事法院几个问题的决定》，我国已在大连、天津、青岛、广州、厦门、上海、武汉等地设立了海事法院。海事法院均为中级人民法院。

② 专利纠纷案件。专利纠纷案件有两类：一类是专利行政案件，属于行政诉讼的受案范围；另一类是专利民事案件，属于民事诉讼的受案范围。专利民事案件的范围，根据1985年最高人民法院《关于开展专利审判工作的几个问题的通知》，主要包括关于专利申请公布后、专利权授予前使用发明、实用新型、外观设计的费用纠纷案件；关于专利侵权的纠纷案件；关于转让专利申请权或者专利权的合同纠纷案件，分别由省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院，以及大连、青岛、各经济特区的中级人民法院管辖。

③ 重大的涉港、澳、台民事案件。这类案件虽然不是涉外案件，但为了妥善解决这类纠纷，在管辖上也比照涉外案件处理。

④ 诉讼标的金额大或者诉讼单位属省、自治区、直辖市以上的经济纠纷案件。

3. 高级人民法院管辖的第一审民事案件

高级人民法院管辖一审案件的数量是相当少的。“高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件。”也就是全省、自治区、直辖市内，案情重大复杂，涉及面广，影响面大的案件。

4. 最高人民法院管辖的第一审民事案件

最高人民法院是国家最高审判机关，它的主要任务是对全国地方各级人民法院和各专门人民法院的审判工作进行指导、监督，对审判中适用法律时遇到的疑难问题作出司法解释，对下级人民法院的请示作出批复，审理上诉的案件等，所以最高人民法院管辖的一审民事案件是很少的。

最高人民法院管辖的第一审民事案件有两类：一类是在全国有重大影响的案件；另一类是认为应当由自己审理的案件。

真题演练

1. (2009-3-35)① 关于民事案件的级别管辖，下列哪一选项是正确的？
- A. 第一审民事案件原则上由基层法院管辖
- B. 涉外案件的管辖权全部属于中级法院
- C. 高级法院管辖的一审民事案件包括在本辖区内有重大影响的民事案件和它认为应当由自己审理的案件
- D. 最高法院仅管辖在全国有重大影响的民事案件

① A。参见《民事诉讼法》第18条、第19条、第20条、第21条。



2. (2005-3-36)①依据我国民事诉讼法和相关司法解释的规定, 下列关于管辖问题的哪一项表述是错误的?

- A. 适用督促程序的案件只能由基层人民法院管辖
- B. 按级别管辖权限, 高级人民法院有权管辖其认为应当由其管辖的第一审案件
- C. 协议管辖不可以变更级别管辖
- D. 涉外民事诉讼中不动产纠纷由不动产所在地法院管辖

考点四 地域管辖

重点法条

★★第二十二条 对公民提起的民事诉讼, 由被告住所地人民法院管辖; 被告住所地与经常居住地不一致的, 由经常居住地人民法院管辖。

对法人或者其他组织提起的民事诉讼, 由被告住所地人民法院管辖。

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的, 各该人民法院都有管辖权。

★★★第二十三条 下列民事诉讼, 由原告住所地人民法院管辖; 原告住所地与经常居住地不一致的, 由原告经常居住地人民法院管辖:

- (一) 对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼;
- (二) 对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼;
- (三) 对被劳动教养的人提起的诉讼;
- (四) 对被监禁的人提起的诉讼。

★★第二十四条 因合同纠纷提起的诉讼, 由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。

★★★第二十五条 合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖, 但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

★第二十六条 因保险合同纠纷提起的诉讼, 由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。

★第二十七条 因票据纠纷提起的诉讼, 由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

★第二十八条 因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼, 由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

★★第二十九条 因侵权行为提起的诉讼, 由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

★第三十条 因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼, 由事故发生

① B. 高级人民法院管辖在本辖区内有重大影响的案件。最高人民法院管辖在全国有重大影响的案件和最高人民法院认为应当由本院审理的案件。因此, 高级人民法院无权管辖其认为应当由其管辖的第一审案件, 这属于最高人民法院的权限。因此, 选项 B 的表述是错误的。债权人请求债务人给付金钱、有价证券, 可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令, 因此, 选项 A 的表述是正确的。合同双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖, 但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定, 因此, C 选项表述正确。涉外民事诉讼中不动产纠纷由不动产所在地法院管辖的表述是正确的, D 选项表述正确。



地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。

★第三十一条 因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。

★第三十二条 因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

★第三十三条 因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的人民法院管辖。

★★★第三十四条 下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：

（一）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；

（二）因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；

（三）因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被告继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

★第三十五条 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个人民法院起诉；原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。

【关联法条】

《民诉意见》

★4. 公民的住所地是指公民的户籍所在地，法人的住所地是指法人的主要营业地或者主要办事机构所在地。

★★5. 公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方。但公民住院就医的地方除外。

★7. 当事人的户籍迁出后尚未落户，有经常居住地的，由该地人民法院管辖。没有经常居住地，户籍迁出不足一年的，由其原户籍所在地人民法院管辖；超过一年的，由其居住地人民法院管辖。

★8. 双方当事人都被监禁或被劳动教养的，由被告住所地人民法院管辖。被告被监禁或被劳动教养一年以上的，由被告被监禁地或被劳动教养地人民法院管辖。

★9. 追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖。

★15. 中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地的人民法院都有权管辖。如国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。

★18. 因合同纠纷提起的诉讼，如果合同没有实际履行，当事人双方住所地又都不在合同约定的履行地的，应由被告住所地人民法院管辖。

★24. 合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择民事诉讼法第二十五条规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的，选择管辖的协议无效，依照民事诉讼法第二十四条的规定确定管辖。

★25. 因保险合同纠纷提起的诉讼，如果保险标的物是运输工具或者运输中的货物，由被告住所地或者运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地的人民法院管辖。

★31. 诉前财产保全，由当事人向财产所在地的人民法院申请。在人民法院采取诉前财产保全后，申请人起诉的，可以向采取诉前财产保全的人民法院或者其他有管辖权的人民法院提起。



地域管辖，又可称为区域管辖，是指确定同级人民法院之间在各自的辖区受理第一审民事案件的分工和权限。我国民事诉讼法确定地域管辖的依据是：①人民法院的辖区同行政区划是一致的；②当事人、诉讼标的与法院辖区的关系，即当事人、诉讼标的或者法律事实实在哪个法院辖区，案件就由该辖区人民法院管辖。

地域管辖不同于级别管辖，地域管辖是从横向来确定同级人民法院之间对案件的管辖权限，它所解决的是案件由哪个地方的法院作为第一审法院，而级别管辖是从纵向来确定人民法院对案件的管辖权限，它所解决的是划定各级人民法院受理第一审民事案件的分工。

（一）一般地域管辖

一般地域管辖又称为普通管辖，是指以当事人的所在地与人民法院的隶属关系来确定诉讼管辖。

一般地域管辖又为两种情况：一是原告就被告；二是被告就原告。

1. 原告就被告原则

原告就被告原则是指以被告所在地作为确定管辖的标准，实行这一原则有利于抑制原告滥行诉讼，使被告免受原告不当诉讼的侵扰，同时也有利于人民法院传唤当事人参加诉讼，对诉讼标的物进行保全或勘验，有利于判决的执行。

对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

（1）被告住所地的确定：①公民的住所地是指该公民的户籍所在地。②法人或其他组织的住所地是指法人或其他组织的主要办事机构所在地或主要营业地。对没有办事机构的公民合伙、合伙型联营体提起的诉讼，由被告注册登记地人民法院管辖。没有注册登记，几个被告又不在同一辖区的，被告住所地的人民法院都有管辖权。

（2）经常居住地的确定。经常居住地是指公民离开住所至起诉时已连续居住满1年的地方，但公民住院就医的地方除外。

（3）特殊情况的规定。《民诉意见》第6条、第7条、第11条、第12条作了补充规定：①被告一方被注销城镇户口的，依照《民事诉讼法》被告就原告的规定确定管辖；双方均被注销城镇户口的，由被告居住地的人民法院管辖。②当事人的户籍迁出后尚未落户，有经常居住地的，由该地人民法院管辖。没有经常居住地，户籍迁出不足1年的，由其原户籍所在地人民法院管辖；超过1年的，由其居住地人民法院管辖。③离婚诉讼双方当事人都是军人的，由被告住所地或者被告所在的团级以上单位驻地的人民法院管辖。④夫妻双方离开住所超过1年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖。

2. 被告就原告原则

下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：

（1）对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；





(2) 对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；

(3) 对被劳动教养的人提起的诉讼；

(4) 对被监禁的人提起的诉讼。

要注意，在上述的(1)和(2)规定中，都只限于身份关系的诉讼，所谓“身份关系”，是指与人的身份相关的各种关系，如婚姻关系、亲子关系、收养关系等。

另外，根据《民诉意见》的规定，下列情形由原告住所地法院管辖或者视不同情况而处理：

(1) 双方当事人都被监禁或被劳动教养的，由被告原住所地人民法院管辖。被告被监禁或被劳动教养1年以上的，由被告被监禁地或被劳动教养地人民法院管辖。

(2) 追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖。

(3) 不服指定监护或变更监护关系的案件，由被监护人住所地人民法院管辖。

(4) 非军人对军人提出的离婚诉讼，如果军人一方为非文职军人，由原告住所地人民法院管辖。

(5) 离婚案件的管辖，具体情形包括：

① 夫妻一方离开住所地超过1年，另一方起诉离婚的案件，由原告住所地人民法院管辖。夫妻双方离开住所地超过1年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

② 在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

③ 在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。

④ 中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地的人民法院都有权管辖。如国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。

⑤ 中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告原住所地的人民法院管辖。

(二) 特殊地域管辖

特殊地域管辖相对于一般地域管辖而言，是指以被告所在地，以及诉讼标的或者引起法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地为标准，确定诉讼的管辖法院。

1. 因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。合同履行地，是指合同规定的履行义务的地点，主要是指合同标的物的交付地。合同履行地应当在合同中明确约定。《合同法》第62条规定，履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。对于合同履行地的确定，根据《民诉意见》第18条至第22条的规定，可以分为以下几个方面：

(1) 因合同纠纷提起的诉讼，如果合同没有实际履行，当事人双方住所地又都不在合同约定的履行地的，应由被告住所地人民法院管辖。



(2) 购销合同的双方当事人在合同中对交货地点有约定的,以约定的交货地点为合同履行地;没有约定的,依交货方式确定合同履行地;采用送货方式的,以货物送达地为合同履行地;采用自提方式的,以提货地为合同履行地;代办托运或按木材、煤炭送货办法送货的,以货物发运地为合同履行地。购销合同的实际履行地点与合同中约定的交货地点不一致的,以实际履行地点为合同履行地。

(3) 加工承揽合同,以加工行为地为合同履行地,但合同中对履行地有约定的除外。

(4) 财产租赁合同、融资租赁合同以租赁物使用地为合同履行地,但合同中对履行地有约定的除外。

(5) 补偿贸易合同,以接受投资一方主要义务履行地为合同履行地。

(6) 借款合同,贷款方所在地为合同履行地,但当事人另有约定的除外。

(7) 证券回购合同,凡在交易场所内进行的证券回购业务,交易场所所在地为合同履行地,在交易场所之外进行的证券回购业务,最初付款一方(返售方)所在地为合同履行地。

(8) 名称与内容不一致的合同,当事人签订的经济合同虽具有明确、规范的名称,但合同约定的权利义务内容与名称不一致的,应当以该合同约定的权利义务内容确定合同的性质,从而确定合同的履行地;合同的名称与合同约定的权利义务内容不一致,而根据该合同约定的权利义务难以区分合同性质的,以及合同的名称与该合同约定的部分权利义务内容相符的,则以合同的名称确定合同的履行地。

(9) 关于联营合同的地域管辖:①法人型联营合同,由其主要办事机构所在地人民法院管辖;合伙型联营合同,由其注册地人民法院管辖;协作型联营合同,由被告所在地人民法院管辖。②主要办事机构所在地或注册地人民法院管辖确有困难的,如法人型联合体已经办理了注销手续,合伙型联营体应经工商部门注册登记而未办注册登记,或者联营期限届满已经解体的,可由被告所在地人民法院管辖。

(10) 《合同法》第178条、第184条规定,对于供用电、水、气、热力合同的履行地点,按当事人的约定确定;当事人没有约定或约定不明确的,供电、供水、供气、供热力设施的产权分界处为履行地点。

2. 因保险合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。因保险合同纠纷提起的诉讼,如果保险标的物是运输工具或者运输中的货物,由被告住所地或者运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地的人民法院管辖。

3. 因农业承包合同纠纷提起的诉讼,由承包合同履行地或者被告所在地人民法院管辖。

4. 因票据纠纷提起诉讼,由票据支付地或被告住所地人民法院管辖。票据支付地,是指票据上载明的付款地。

5. 因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼,由运输始发地、目的地或被告住所地人民法院管辖。根据最高人民法院的规定,水上运输或水陆联合运输合同纠纷发生在我国海事法院辖区的,由海事法院管辖。铁路运输合同,由铁路法院管辖。其他运输合同纠纷,由始发地、目的地或被告住所地人民法院管辖。

6. 因侵权行为提起的诉讼,由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地,包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。

7. 因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼,由事故发生地或者车



辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。这是针对车辆、船舶、航空器在运行过程中发生事故造成他人财产或人身损害引起诉讼的管辖规定。

8. 因船舶碰撞或者其他海损事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、受碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。船舶碰撞是指船舶在航行过程中因接触和碰撞而造成的损害事故，其他海损事故是指船舶在航行中因触礁、触岸、失火、爆炸、沉没等造成的事故。

9. 因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或被救助船舶最先到达地人民法院管辖。海难救助是指对遭遇海难的船舶及船舶上的人员、货物给予的救助。救助行为实施后，救助人有根据救助的事实和效果要求被救助方支付救助费用。

10. 因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地人民法院管辖。共同海损，是指船舶在航运中遭受海难等意外事故时，为了排除危险，挽救船舶、人员和货物，而作出的物质牺牲或支付的费用。因共同海损作出的牺牲和支付的费用应当根据一定的规则进行理算，并由受益各方分摊。

另外，根据《民诉意见》的规定，对于下列案件应当由特定地方的人民法院管辖：

(1) 债权人申请支付令，由债务人住所地的基层人民法院管辖。

(2) 因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼，产品制造地、产品销售地、侵权行为地和被告住所地的人民法院都有管辖权。

(3) 铁路运输合同纠纷及与铁路运输有关的侵权纠纷，由铁路运输法院管辖。

(4) 诉前财产保全，由当事人向财产所在地的人民法院申请。在人民法院采取诉前财产保全后，申请人起诉的，可以向采取诉前财产保全的人民法院或者其他有管辖权的人民法院提起。当事人申请诉前财产保全后没有在法定的期间起诉，因而给被申请人造成财产损失引起诉讼的，由采取该财产保全措施的人民法院管辖。人民法院在审理国内经济纠纷案件中，如受诉人民法院对该案件没有管辖权，不能因对非争议标的物或者对争议标的物非主要部分采取诉前财产保全措施而取得该案件的管辖权。

(三) 专属管辖

专属管辖，是指法律强制规定某些特殊类型的案件只能由特定的人民法院管辖，其他法院无管辖权，当事人也不得协议变更管辖法院。专属管辖的效力为：专属管辖的案件不得适用一般地域管辖和特殊地域管辖；当事人不得采用协议管辖；属于我国专属管辖的案件，外国法院无权管辖。

下列案件，由人民法院专属管辖：

1. 因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。不动产一般是指不能移动或移动后会降低乃至丧失其价值的财产，如土地及土地上的建筑物、河流、滩涂等。一方面，不动产诉讼常常需要进行勘验，由不动产所在地人民法院管辖便于对案件审理。另一方面，由不动产所在地人民法院管辖也便于对不动产进行保全和执行。

2. 因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖。在港口作业中，一方面会因为装卸、驳运等发生纠纷，另一方面会因违章作业等行为损坏港口设施或造成其他人身或财产的损害引起侵权纠纷。这两类纠纷都由港口所在地人民法院管辖。

3. 因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。遗产继承纠纷相当复杂，既涉及被继承人立遗嘱时有无民事行为能力、被继承

人死亡的时间，继承人对被继承人的赡养情况，又涉及遗产的种类、数额等问题，因此《民事诉讼法》规定专属于以上两个地点的人民法院管辖。当遗产有多处且分布在不同人民法院辖区时，还需要区分主要遗产和非主要遗产，遗产既有动产又有不动产的，一般以不动产所在地作为主要遗产地，动产有多项的，则以价值大的动产所在地作为主要遗产地。

（四）协议管辖

协议管辖，又称合意管辖、约定管辖，是指双方当事人在民事纠纷发生之前或之后，以书面方式约定诉讼管辖的人民法院。

当事人双方可以协议选择地域管辖的法院，这是当事人的重要诉讼权利，也是民事诉讼中处分原则的体现。

“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”据此规定，国内民事诉讼适用协议管辖的条件为：

1. 协议管辖只适用于合同纠纷，当事人对合同以外的其他民事、经济纠纷不得协议管辖。

2. 协议管辖仅适用于合同纠纷中的第一审案件，对二审案件，当事人不得以协议方式选择管辖法院。

3. 协议管辖必须采用书面形式，口头形式无效。这里的“协议”，根据《民诉意见》第23条的规定，是指合同中的协议管辖条款或者诉讼前达成的选择管辖的协议。当事人可以在订立合同时约定协议管辖，将协议管辖作为合同的内容之一，也可以在合同订立后，诉讼发生前以书面形式约定协议管辖。如果约定在合同中，有关协议管辖的条款应被视为具有独立性的条款，即使合同被确认为无效，协议管辖条款的效力亦不受影响。

4. 当事人必须在法律规定的范围内进行选择。当事人协议管辖不是不受限制的,当事人只能在与合同有密切联系的范围内选择,包括:①原告住所地;②被告住所地;③合同签订地;④合同履行地;⑤标的物所在地的人民法院中选择。

5. 当事人选择法院时, 不得违反级别管辖和专属管辖的规定。当事人在协议时只能变更第一审的地域管辖, 不得变更级别管辖, 也不能改变专属管辖的规定。

另外，根据《民诉意见》第24条的规定，合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择《民事诉讼法》规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的，选择管辖的协议无效，依照《民事诉讼法》的规定确定管辖。也就是说，当事人必须作确定的、单一的选择，不能选择多个法院。

真题演练

1. (四川 2008-3-39)^① 下列哪一类案件可以由被告住所地法院管辖?

- A. 专利侵权案件
B. 海难救助费用案件
C. 共同海损案件
D. 遗产继承案件

2. (2008-3-97~100) 某省海兴市的《现代企业经营》杂志刊登了一篇自由撰稿

① A。只要法律没有特殊规定，对于一般案件都适用被告住所地法院管辖。根据《民事诉讼法》第32条、第33条和第34条第3项规定，B、C两项属于特殊地域管辖，D项属于专属管辖，三者都不属于一般地域管辖的案件。



人吕某所写的报道，内容涉及同省龙门市甲公司的经营方式。甲公司负责人汪某看到该篇文章后，认为《现代企业经营》作为一本全省范围内发行的杂志，其所发文章内容严重失实，损害了甲公司的名誉，使公司的经营受到影响。于是甲公司向法院起诉要求《现代企业经营》杂志社和吕某赔偿损失 5 万元，并进行赔礼道歉。一审法院仅判决杂志社赔偿甲公司 3 万元，未对“赔礼道歉”的请求进行处理。杂志社认为赔偿数额过高，不服一审判决提起上诉。根据上述事实，请回答 97 ~ 100 题。

97. ①甲公司提起诉讼时，可以选择的法院有：

- A. 《现代企业经营》杂志社所在地的海兴市 A 区法院
- B. 吕某住所地的海兴市 B 区法院
- C. 汪某住所地的龙门市 C 区法院
- D. 甲公司所在地的龙门市 D 区法院

98. ②在案件的一审过程中，关于本案的证据，下列选项正确的是：

A. 因旷工而被甲公司开除了的甲公司原员工于某所提供的证言不能单独作为认定案件事实的证据

B. 吕某在采访甲公司某名保安时，采用录音笔偷录下双方的谈话，因该录音比较模糊，所以不能单独作为认定案件事实的证据

C. 甲公司提供的考勤数据表，属于一方当事人提出的证据，不能单独作为认定案件事实的证据

D. 《现代企业经营》杂志社在庭审过程中，收到了甲公司员工刚刚提供的反映甲公司员工作息时间的一份材料，该材料可以作为新证据提交法庭

99. ③关于二审法院对本案的处理，下列选项正确的是：

A. 由于“赔礼道歉”的诉讼请求并不在上诉请求的范围之中，二审法院不得对其进行审理

B. 针对一审中“赔礼道歉”的诉讼请求，二审法院应根据当事人自愿的原则进行调解，调解不成的，发回重审

C. 针对一审中“赔礼道歉”的诉讼请求，二审法院应根据当事人自愿的原则进行调解，调解不成的，径行判决

D. 针对一审中“赔礼道歉”的诉讼请求，二审法院应根据当事人自愿的原则进行调解，调解不成的，告知甲公司另行起诉

100. ④如果法院作出终审判决，杂志社赔偿甲公司 1 万元，并登报进行赔礼道歉。杂志社履行了赔偿义务，但拒绝赔礼道歉。如果甲公司要求法院强制执行，法院可以采取的措施有：

- A. 采取公告、登报等方式，将判决的主要内容公布于众，费用由报社承担
- B. 对报社负责人予以罚款、拘留
- C. 由报社支付迟延履行金
- D. 如果构成犯罪，可以追究报社负责人刑事责任

① ABD。
② ABD。
③ B。
④ ABCD。





3. (2007-3-80)^① 甲县的电热毯厂生产了一批电热毯,与乙县的昌盛贸易公司在丙县签订了一份买卖该批电热毯的合同。丁县居民张三在出差到乙县时从昌盛贸易公司购买了一条该批次的电热毯,后在使用过程中电热毯由于质量问题引起火灾,烧毁了张三的房屋。张三欲以侵权损害为由诉请赔偿。下列哪些法院对该纠纷有管辖权?

- A. 甲县人民法院
- B. 乙县人民法院
- C. 丙县人民法院
- D. 丁县人民法院

4. (2006-3-40)^② 甲县居民刘某与乙县大江房地产公司在丙县售楼处签订了房屋买卖合同,购买大江公司在丁县所建住房1套。双方约定合同发生纠纷后,可以向甲县人民法院或者丙县人民法院起诉。后因房屋面积发生争议。刘某欲向法院起诉。下列关于管辖权的哪种说法是正确的?

- A. 甲县和丙县人民法院有管辖权
- B. 只有丁县人民法院有管辖权
- C. 乙县和丁县人民法院有管辖权
- D. 丙县和丁县人民法院有管辖权

5. (2005-3-71)^③ 根据我国民事诉讼法的规定,下列哪些案件被告住所地法院有管辖权?

- A. 某航班飞机延误,部分乘客对航空公司提出违约赔偿之诉
- B. 某公共汽车因为违章行驶而与其他车辆发生碰撞,受伤乘客向公交公司提出损害赔偿之诉
- C. 原告对下落不明的被告提起的给付扶养费的诉讼
- D. 货轮甲和客轮乙在我国领海上相撞,途经此海域的属于丙公司的客轮对甲乙两船人员进行了救助,后丙公司向我国法院提起诉讼,请求支付救助费

6. (2003-3-25)^④ 居住在甲市的吴某与居住在乙市的王某在丁市签订了一份协议,吴某将一幅名人字画以10万元的价格卖给王某并约定双方在丙市一手交钱一手交货,后吴某翻悔并电告王某自己已将字画卖给他人。王若想追究吴的违约责任,应向何地法院起诉?

- A. 甲市人民法院
- B. 乙市人民法院
- C. 丙市人民法院
- D. 丁市人民法院

7. (2002-3-21)^⑤ 李平(女)与王坚(男)二人于1993年在A市甲区某街道办事处登记结婚,婚后二人一直居住在B市乙区。1997年李平与王坚在C市从事假烟生产被公安机关查获,C市丙区人民法院于同年12月以生产假冒产品罪判处李平与王坚有期徒刑5年。判决生效后李平与王坚被关押在位于C市丁区的监狱。2000年5月,李平拟向法院起诉离婚,请问下列哪个法院对本案有管辖权?

① ABD。根据《民诉意见》第29条规定,本题中甲县为被告电热毯厂的住所地、乙县为产品销售地、丁县为侵权行为地。

② B。因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院专属管辖。因此甲、乙之间的协议管辖因违反专属管辖而无效,本题中纠纷应由房屋所在地丁县人民法院管辖。

③ AB。运输合同纠纷由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖;交通事故损害赔偿纠纷由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖;因此,选项A、B为正确选项。对下落不明的人或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼由原告住所地法院管辖。给付扶养费诉讼是基于身份关系产生的诉讼,属于身份关系诉讼。因此,应由原告住所地法院管辖,C选项不是正确选项。海难救助费用纠纷由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖,被告住所地法院无权管辖,所以,D选项不是正确选项。

④ A。

⑤ D。

A. A 市甲区法院

B. B 市乙区法院

C. C 市丙区法院

D. C 市丁区法院

8. (2003-3-73)^① 下列哪些做法不符合民事诉讼法关于协议管辖的规定?

A. 合同当事人约定二审管辖法院

B. 合同当事人口头约定管辖法院

C. 合同当事人共同选定了甲、乙两个与案件有联系的地方基层人民法院为管辖法院

D. 合同当事人约定由合同签订地法院管辖

9. (2003-3-77)^② 根据民事诉讼法有关管辖的规定, 下列哪些民事诉讼由原告住所地人民法院管辖?

A. 天津市张某对旅居美国的李某提起离婚之诉

B. 北京市汪某对被宣告失踪人王某提起离婚之诉

C. 吉林市孙某对被劳动教养的陈某提起侵权之诉

D. 长春市武某对被监禁的杨某提起的侵权之诉

考点五 裁定管辖

重点法条

★★第三十六条 人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的, 应当移送有管辖权的人民法院, 受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的, 应当报请上级人民法院指定管辖, 不得再自行移送。

★★第三十七条 有管辖权的人民法院由于特殊原因, 不能行使管辖权的, 由上级人民法院指定管辖。

人民法院之间因管辖权发生争议, 由争议双方协商解决; 协商解决不了的, 报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

★★第三十九条 上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件, 也可以把本院管辖的第一审民事案件交下级人民法院审理。

下级人民法院对它所管辖的第一审民事案件, 认为需要由上级人民法院审理的, 可以报请上级人民法院审理。

【关联法条】

《民诉意见》

★33. 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼, 先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的, 不得重复立案, 立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的, 裁定将案件移送给先立案的人民法院。

★36. 依照民事诉讼法第三十七条第二款规定, 发生管辖权争议的两个人民法院因协商不成报请它们的共同上级人民法院指定管辖时, 如双方为同属一个地、市辖区的基层人

① ABC。

② ABCD。



民法院，由该地、市的中级人民法院及时指定管辖；同属一个省、自治区、直辖市的两个民法院，由该省、自治区、直辖市的高级人民法院及时指定管辖；如双方为跨省、自治区、直辖市的民法院，高级人民法院协商不成的，由最高人民法院及时指定管辖。依前款规定报请上级民法院指定管辖时，应当逐级进行。

考点解析

（一）共同管辖与选择管辖

共同管辖，是指依照法律规定，两个以上的民法院对同一案件都有管辖权。共同管辖产生的原因主要有两方面：一是因诉讼主体的牵连关系而发生的，如同一诉讼的几个被告住所地不同法院辖区的；二是因诉讼客体的原因而发生的，如同一案件的标的物分散在两个以上法院辖区的。

选择管辖，是指当一个案件几个法院都有管辖权时，由当事人选择其中的一个法院起诉。

共同管辖与选择管辖实际上是一个问题的两个方面，共同管辖是从民法院角度说的，选择管辖则是从当事人角度看的。

两个以上民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个民法院起诉；原告向两个以上有管辖权的民法院起诉的，由最先立案的民法院管辖。

另外，《民诉意见》第33条对此又进一步要求：两个以上民法院都有管辖权的诉讼，先立案的民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的民法院。民法院在立案前发现其他有管辖权的民法院已先立案的，不得重复立案，立案后发现其他有管辖权的民法院已先立案的，裁定将案件移送给先立案的民法院。

（二）指定管辖

指定管辖，是指上级民法院以裁定方式指定其下级民法院对某一案件行使管辖权。指定管辖的实质，是法律赋予上级法院在特殊情况下，可以变更或确定案件的管辖法院。

民法院发现受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的民法院，受移送的民法院应当受理。受移送的民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级民法院指定管辖，不得再自行移送。该法第37条还要求：有管辖权的民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级民法院指定管辖。民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级民法院指定管辖。根据这些规定，指定管辖适用情形主要有：

1. 受移送的民法院认为自己对移送来的案件无管辖权，不得再自行移送，这时只能报请上级民法院指定管辖。

2. 有管辖权的民法院由于特殊原因不能行使管辖权。特殊原因可能包括两种情形：一是民法院的全体审判人员均需回避；二是有管辖权民法院所在地发生了严重的自然灾害等。

3. 通过协商未能解决管辖权争议。管辖权争议有两种情况：①两个或两个以上的民法院均认为自己对某一案件有管辖权，争着受理这一案件；②两个或两个以上民法院认为自己对某一案件无管辖权，均不愿受理这一案件。





根据《民诉意见》第36条、第37条的规定，发生管辖权争议的两个人民法院因协商不成报请它们的共同上级人民法院指定管辖时，如双方为同属一个地、市辖区的基层人民法院，由该地、市的中级人民法院及时指定管辖；同属一个省、自治区、直辖市的两个人民法院，由该省、自治区、直辖市的高级人民法院及时指定管辖；如双方为跨省、自治区、直辖市的人民法院，高级人民法院协商不成的，由最高人民法院及时指定管辖。依前款规定报请上级人民法院指定管辖时，应当逐级进行。上级人民法院依照《民事诉讼法》规定指定管辖，应书面通知报送的人民法院和被指定的人民法院。报送的人民法院接到通知后，应及时告知当事人。

在经济审判中，人民法院之间如果对案件的地域管辖发生争议，最高人民法院发布的《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第3条要求，两个以上人民法院之间对地域管辖有争议的案件，有关人民法院均应当立即停止进行实体审理，并按《民诉意见》第36条的规定解决管辖争议。协商不成报请共同上级人民法院指定管辖的，上级人民法院应当在收到下级人民法院报告之日起30日内，作出指定管辖的决定。

两个以上人民法院如对管辖权有争议，在争议未解决前，任何一方人民法院均不得对案件作出判决。对抢先作出判决的，上级人民法院应当以违反程序为由撤销其判决，并将案件移送或者指定其他人民法院审理，或者由自己提审。

（三）移送管辖

移送管辖，是指人民法院在受理民事案件后，发现自己对案件并无管辖权，依法将案件移送到有管辖权的人民法院审理。移送管辖是为人民法院受理案件发现错误时提供的一种纠错办法，它只是案件的移送，而不涉及管辖权的转移。

“人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的人民法院，受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖。”据此，移送管辖应当具备的条件是：

1. 人民法院已经受理了案件。人民法院如果没有受理案件，发现自己对案件没有管辖权，那么直接不予受理即可，正是由于人民法院在受理案件后才发现案件不属于自己管辖，这时才产生案件移送的问题。

2. 受理案件的人民法院对案件没有管辖权。如果受理案件的法院对案件有管辖权，自然不会发生移送的问题，正是由于受理案件的法院实质上没有管辖权，这时才需要移送。

对于移送管辖，有以下几方面问题需要注意：

（1）受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再自行移送。

（2）案件受理后，受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更的影响。有管辖权的人民法院受理案件后，不得以行政区域变更为由，将案件移送给变更后有管辖权的人民法院。判决后的上诉案件和依审判监督程序提审的案件，由原审人民法院的上级人民法院进行审判；第二审人民法院发回重审或者上级人民法院指令再审的案件，由原审人民法院重审或者再审。

（3）两个以上人民法院对案件都有管辖权时，应当由先立案的人民法院具体行使管辖权，先立案的人民法院不得将案件移送至另一有管辖权的人民法院。

(4) 两个以上人民法院对同一案件都有管辖权并已分别立案的，后立案的人民法院得知有关法院先立案的情况后，不得重复立案，应当在 7 日内裁定将案件移送先立案的人民法院。对为了争管辖权而将立案日期提前的，该院或者其上级人民法院应当予以纠正。

(5) 当事人基于同一法律关系或者同一法律事实而发生纠纷，以不同诉讼请求分别向有管辖权的不同法院起诉的，后立案的法院在得知有关法院先立案的情况后，应当在 7 日内裁定将案件移送先立案的法院合并审理。

(四) 管辖权转移

管辖权转移，是指依据上级人民法院的决定或同意，将某个案件的管辖权由上级人民法院交给下级人民法院，或者由下级人民法院转交给上级人民法院，使无管辖权的人民法院因此而取得管辖权。管辖权转移在上下级人民法院之间进行，是对级别管辖的变通。

“上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件，也可以把本院管辖的第一审民事案件交下级人民法院审理。下级人民法院对它所管辖的第一审民事案件，认为需要由上级人民法院审理的，可以报请上级人民法院审理。”管辖权转移的情形包括两种。

1. 由上往下转移。即上级人民法院将自己管辖的一审案件交给下级人民法院审理，通常称为上级法院的交办。

2. 由下往上转移。一个案件的管辖权由下往上转移，包括两种情况：①提审，即上级人民法院认为下级人民法院管辖的一审案件应当由自己审理时，而决定把案件调上来自己审理；②报请，即下级人民法院认为自己管辖的一审案件需要由上级人民法院审理时，报请上级人民法院审理。

管辖权转移与移送管辖的性质不同，这二者之间的区别，如下表所示。

区 别	移送管辖	管辖权转移
性质不同	移送的仅仅是案件	转移的是管辖权
作用不同	纠正地域管辖的错误	级别管辖的变通
程序不同	为单方行为，移送人民法院作出移送裁定，无须经过受移送人民法院的同意	包括因上级人民法院的单方决定而转移和因下级人民法院报请与上级人民法院同意双方行为而转移两种情形

真题演练

1. (四川 2008 - 3 - 47)① 甲区基层法院因装修办公大楼，与所在区的向阳建筑公司签订了装修合同。工程竣工后，双方就工程款的决算产生了纠纷，在协商无果的情况下，向阳建筑公司就该纠纷向甲区基层法院提起了民事诉讼，要求甲区基层法院支付尚未支付的工程款。鉴于本案的特殊情况，下列哪一选项是正确的？

- A. 本案为合同纠纷，应适用特殊地域管辖的规定
- B. 本案情况特殊，应由上级法院指定管辖

① B。本题中，因为纠纷本身涉及甲区法院，因此不宜由其自己审理，依法应当由上级法院指定管辖，故 B 项说法正确。移送管辖是为法院受理案件出现管辖权错误时提供的一种纠错办法，而本题所述的情形中，甲区法院本身是具有管辖权的法院，不存在无管辖权而移送的情况，所以不是移送管辖，C 项说法错误。本题并不属于不动产纠纷，而是涉及工程款纠纷，所以不适用专属管辖的规定，故本题的正确答案是 B。

- C. 本案情况特殊, 应适用移送管辖制度
- D. 本案涉及不动产, 应适用专属管辖的规定

2. (2008-3-82)① 李某在甲市 A 区新购一套住房, 并请甲市 B 区的装修公司对其新房进行装修。在装修过程中, 装修工人不慎将水管弄破, 导致楼下住户的家具被淹毁。李某与该装修公司就赔偿问题交涉未果, 遂向甲市 B 区法院起诉。B 区法院认为该案应由 A 区法院审理, 于是裁定将该案移送至 A 区法院, A 区法院认为该案应由 B 区法院审理, 不接受移送, 又将案件退回 B 区法院。关于本案的管辖, 下列哪些选项是正确的?

- A. 甲市 A、B 区法院对该案都有管辖权
- B. 李某有权向甲市 B 区法院起诉
- C. 甲市 B 区法院的移送管辖是错误的
- D. A 区法院不接受移送, 将案件退回 B 区法院是错误的

3. (2002-3-72)② 孔某在 A 市甲区拥有住房两间, 在孔某外出旅游期间, 位于 A 市乙区的建筑工程队对孔某隔壁李某的房屋进行翻修。在翻修过程中, 施工队不慎将孔某家的山墙砖块碰掉, 砖块落入孔某家中, 损坏电视机等家用物品。孔某旅游回来后发现, 遂交涉, 但未获结果。孔某向乙区法院起诉。乙区法院认为甲区法院审理更方便, 故根据被告申请裁定移送至甲区法院, 甲区法院却认为由乙区法院审理更便利, 不同意接受移送。以下哪些说法是正确的?

- A. 甲、乙二区对本案都有管辖权
- B. 向何法院起诉, 由原告选择决定
- C. 乙区法院的移送管辖是错误的
- D. 甲区法院不得再自行移送, 如果认为无管辖权, 应报 A 市中级法院指定管辖

4. (2003-3-78)③ 孔某在 A 市甲区拥有住房两间, 在孔某外出旅游期间, 位于 A 市乙区的建筑工程公司对孔某邻居李某房屋进行翻修。在翻修过程中, 施工工人不慎将孔某家的墙砖碰掉, 砖块落入孔某家中, 损坏了电视机等家用物品。孔某旅游回来后发现此情, 交涉未果。孔某向乙区法院起诉, 请求建筑工程公司赔偿。乙区法院认为甲区法院审理更方便, 故根据被告申请裁定移送至甲区法院, 甲区法院却认为由乙区法院审理更便利, 不同意接受移送。以下说法哪些是正确的?

- A. 甲、乙二区对本案都有管辖权
- B. 向哪一个法院起诉, 双方当事人可以约定
- C. 乙区法院的移送管辖是错误的
- D. 甲区法院不得再自行移送, 如果认为无管辖权, 应报市中级法院指定管辖

考点六 管辖权异议

重点法条

★★★第三十八条 人民法院受理案件后, 当事人对管辖权有异议的, 应当在提交答

- ① ABCD。
- ② ABCD。
- ③ ACD。



辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。

考点解析

管辖权异议，是指人民法院受理案件后，当事人向受诉人民法院提出的该院对案件无管辖权的主张。对一个案件的法院管辖权提出异议，是当事人的一项法定诉讼权利。

“人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。”

当事人提出管辖权异议的条件有：

1. 提出管辖权异议的主体，原则上是本案的当事人。从理论上讲，诉讼案件的当事人，包括原告、被告、共同诉讼人、诉讼代表人、有独立请求权第三人等，都有可能提出管辖权异议，对人民法院受理案件表示不同的看法；在现实中，提出管辖权异议的通常为被告。

要注意，无论是人民法院判决承担民事责任的无独立请求权第三人，还是人民法院判决不承担民事责任的无独立请求权第三人，都无权对人民法院的管辖权提出异议。

2. 管辖权异议的对象，只能是第一审民事案件的管辖权。当事人只能对第一审民事案件的管辖权提出异议，对第二审民事案件不得提出管辖权异议，同样，对于再审案件的管辖权也无权提出异议。当事人在上诉时虽然不得对二审案件的管辖权提出异议，但如果他认为一审人民法院对案件无管辖权，仍然可将此作为程序违法的上诉理由。

3. 提出管辖权异议的时间，只能在提交答辩状的15日内提出。当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出，即在被告收到起诉状副本之日起15日内提出，超过这个期限提出的，人民法院不予审查。

人民法院对当事人在法定期限内提出管辖权异议的，应当认真进行审查，并在15日内作出异议是否成立的书面裁定。当事人对此裁定不服提出上诉的，第二审人民法院应当依法作出书面裁定。如果认为异议不能成立，应当裁定驳回异议。裁定应当送达双方当事人，当事人不服的，可以在10日内向上一级人民法院提出上诉。

真题演练

1. (四川2008-3-37)^① 甲公司因与乙公司合同纠纷起诉至法院，乙公司提出的管辖权异议被一审法院裁定驳回，乙公司不服提起上诉。在二审法院对此进行审理期间，甲公司向一审法院提出撤回起诉的申请。根据法律规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 应由一审法院裁定准予撤诉
- B. 应由二审法院裁定准予撤诉

C. 应由二审法院先对被告乙关于驳回管辖权异议裁定的上诉作出裁定后，再由一审法院根据二审法院的裁定作出相应处理

^① C. 管辖权异议提出后，人民法院对管辖权异议成立与否的裁定生效前，有权管辖的法院尚未确定，最终未必由受诉法院进行管辖审理，因此受诉法院的审理权是待定的。而裁定准许撤诉与否，是审理权的一部分，受诉法院暂时无权对原告的撤诉申请作出准许与否的裁定，只有等二审法院先对被告的上诉作出裁定后，一审法院再根据裁定作出处理。





D. 若二审法院查明一审法院无管辖权，应直接裁定将案件移送有管辖权的法院

2. (2007-3-40)^① 关于管辖权异议的表述，下列哪一选项是错误的？

A. 当事人对一审案件的地域管辖和级别管辖均可提出异议

B. 通常情况下，当事人只能在提交答辩状期间提出管辖异议

C. 管辖权异议成立的，法院应当裁定将案件移送有管辖权的法院；异议不成立的，裁定驳回

D. 对于生效的管辖权异议裁定，当事人可以申请复议一次，但不影响法院对案件的审理

3. (2004-3-41)^② 王某与李某因合同发生争议，王向李住所地法院提起诉讼，要求李履行合同。法院受理后，非合同当事人唐某认为自己对原告之间争议的合同标的物拥有所有权，要求参加诉讼。参加诉讼后，唐某认为受理法院无管辖权，便提出管辖权异议。下列说法哪一个是正确的？

A. 唐某可以提出管辖异议，因为唐是有独立请求权的第三人

B. 唐某可以提出管辖异议，因为管辖错误将损害其实体权利

C. 唐某不能提出管辖异议，因为唐不是本诉的当事人

D. 唐某不能提出管辖异议，因为唐不是本案的当事人

① D。人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。当事人对管辖权的异议，一般是一审案件的地域管辖，也可以是一审案件的级别管辖，A、B、C 选项表述正确。根据《民事诉讼法》第 140 条的规定，对管辖权异议裁定不服，当事人的救济途径是上诉，而不是申请复议，所以，D 选项错误，为应选项。

② C。一般情形下，只有本诉的当事人，而且是被告有权提出管辖权异议，因此唐某作为有独立请求权的第三人不能提出管辖权异议。D 项说法是错误的，注意有独立请求权的第三人是诉讼中的当事人。

第三讲 诉

【本讲概要】 本讲应当了解诉的概念与特征、反诉的特征。理解诉的要素、诉的种类、诉的合并与分离。熟悉划分诉的种类的标准、反诉的条件，并能够结合实际确定反诉的构成。

考点一 诉的概念与特征

考点解析

1. 诉的概念

民事诉讼中的诉，是指当事人依照法律规定，向人民法院提出的保护其合法权益的请求。从微观上看，是诉当事人的一种请求；从宏观上来看，诉是法律规定保护当事人正当权利和合法权益的一种制度。诉可以在人民法院和当事人之间起到一种媒介的作用，它引起民事法律关系的发生，引起人民法院对民事权益的纠纷的审判。诉是由实体法和程序法分别规定而又统一构成的。

2. 诉的特征

民事诉讼中的诉，有以下几个特征：

(1) 诉的主体只能是民事诉讼当事人。双方当事人都有权要求人民法院保护其合法权益。

(2) 提起诉的前提是民事法律关系处于非正常状态。所谓民事法律关系“非正常状态”，是指当事人之间发生了民事权益的纠纷，或者一方认为自己合法的民事权益受到了对方的侵害。

(3) 从诉的内容看，包含两部分：程序意义上的诉和实体意义上的诉。所谓程序意义上的诉是指当事人向法院提出的请求，要求法院启动审判程序，对双方当事人之间的纠纷进行审理；所谓实体意义上的诉是指当事人要求人民法院满足自己的诉讼请求，判决自己胜诉以保护自身的民事权益。

(4) 诉只能向作为国家司法机关的人民法院提出。纠纷解决的机制和方式有多种，如行政机关的调处、仲裁、人民调解等，但只有争议双方向人民法院提出的才能称为诉。法院以外的其他单位虽然也解决民事纠纷，但不能行使审判权，不具有纠纷解决的终局性，不能称为诉。

3. 诉权

与诉的概念紧密相连的另外一个重要概念，就是诉权。所谓诉权，是指由诉的法律制度所确定的，赋予民事争议主体进行诉讼的基本权利，诉权是诉的法律制度所确定的特定权利。诉权是民事争议主体进行诉讼的依据，也是人民法院对民事争议行使审判权的前

提条件。

诉权不同于诉讼权利。诉权是实体法和程序法所确定的，是当事人进行诉讼的基本权利，是诉讼权利的基础；而诉讼权利是由程序法所规定的，是当事人进行民事诉讼所享有的权利，诉讼权利是诉权的表现形式。

诉权包括两部分：

(1) 程序意义上的诉权，即民事诉讼法确定的赋予当事人进行诉讼的基本权利。它对提起诉讼的原告一方来讲，是请求人民法院行使审判权的权利，也就是起诉权，对于被告一方来讲就是应诉答辩的权利，同时被告也可以向本案中的原告提出反诉。对于民事诉讼中的原、被告来说，如果对一审裁判不服，都可以提起上诉；对生效裁判，对方不履行的，都可以申请人民法院强制执行。

(2) 实体意义上的诉权，即当事人通过人民法院向对方当事人提出实体请求的权利，这种权利是基于实体法规定而产生的。实体意义上的诉权，对于双方当事人来说，就是期待人民法院判决支持其请求，也就是获得胜诉的权利。

考点二 诉的要素

重点法条

《民诉意见》

★★★184. 在第二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

【关联法条】

《民事证据规定》

★★第三十四条 当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。

对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。

当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。

考点解析

诉的要素，是指构成一个诉的内在组成部分。任何一个具体的诉，都必须具备一定的因素，只有具备一定的因素，才能使诉特定化，使此诉与彼诉相区别。一般认为，诉的构成要素包括三部分，即诉的主体、诉的标的和诉的理由。

1. 诉的主体

诉的主体就是当事人。因为在诉讼中，总是有具体的当事人起诉、应诉，均有提起诉讼的一方与被告的一方，并不存在没有当事人的诉讼。实体法上确定的权利义务是以相对主体为前提的。事实上，正是由于主体的权利受到侵犯或者不同主体之间的权利义务发生争议，才涉及诉的问题。任何一个诉，当事人是否适格，是法院审理案件时首先要解决的





问题，即使诉的其余要素均相同，只要当事人不同，也可以成为新的诉。如果一个诉，没有主体，没有当事人，那么诉讼标的和诉的理由就失去了依托。

2. 诉的标的

诉的标的，也可称为诉讼标的，是指当事人之间因发生争议，而要求人民法院作出裁判的法律关系。诉的标的在本质上是一种法律关系，诉的标的是诉的客体，是法院裁判的对象。一种民事法律关系要成为诉的标的，首先必须是民事主体之间发生争议，其次是争议的双方到法院提起诉讼。

诉的标的是任何一起民事纠纷案件都必须具有的，它作为当事人争执的特定的民事权利义务关系，成为法院裁判的对象。在民事诉讼中，诉的种类不同，诉的标的也有区别。给付之诉的诉讼标的，是原告基于与被告存在的某种实体法律关系提出的，要求被告履行给付义务的请求，确认之诉的诉讼标的，是原告请求法院确认他与被告之间存在或者不存在某一实体法律关系，变更之诉的诉讼标的，是原告请求法院变更或消灭与被告之间存在的某种法律关系。诉的标的是区分此诉和彼诉的标志。

(1) 诉的标不同于诉讼案件。每一个诉讼案件至少有一个诉讼标的，但有的案件有两个或两个以上的诉讼标的，因不同诉讼标的涉及实体法的不同规定，法院要作出不同的裁判，而称为不同的诉。

(2) 诉的标不同于诉讼标的物。诉的标的本质上是当事人之间发生争议的民事权利义务关系，而诉讼标的物则是民事权利义务关系所指向的对象。诉讼标的是任何一个诉都必须具备的，但诉讼标的物则未必每个诉都有。一般说来，财产权益纠纷的诉，具有诉讼标的和标的物，而非财产权益纠纷的诉，则不一定有标的物。另外，即使是诉讼标的物相同，它所体现的诉讼标的即争议法律关系却不一定一样。例如，在A向B买一台电脑，那么在依据这起买卖合同提起的交付电脑的诉讼，买卖关系是诉讼标的，电脑是诉讼标的物，但如果同样一台电脑，B将其租给C使用，那么诉讼标的物仍然是这台电脑，但诉讼标的则是租赁法律关系。

(3) 诉的标不同于诉讼请求。诉的标的是当事人争议的民事权利义务关系，诉讼请求则是基于法律关系要求法院作出特定判决的请求。法律关系决定诉讼请求，当事人是基于民事实体法律关系而提出诉讼请求，如基于某种法律关系要求法院判决被告给付某物，要求法院判决解除与被告之间存在的婚姻关系。诉的标的是从整体上而言的，诉讼请求则是具体的主张。同时，诉的标的是不能变的，在原告起诉之时，诉讼标的就已经特定化，如果变更了诉的标的，就等于变更了原来的诉，实际上相当于产生了一个新的诉。而诉讼请求则可以放弃，可以增加或者减少，诉讼请求的变更并不引起诉的变更。

3. 诉的理由

诉的理由，是指当事人向人民法院请求审判保护和进行诉讼的根据，这是任何一个诉都必须具备的要素之一。当事人向人民法院提出保护自己合法权益的请求，没有理由，其请求就不能实现。诉的理由一般包括两类，即事实根据和法律根据。事实根据又包括引起民事法律关系发生、变更或消灭的事实，以及权利受到侵害或法律关系发生争议的事实；法律根据是法律对争议民事权利义务关系的处理依据。

1. (2009-3-37)^① 刘某习惯每晚将垃圾袋放在家门口,邻居王某认为会招引苍蝇并影响自己出入家门。王某为此与刘某多次交涉未果,遂向法院提起诉讼,要求刘某不得将垃圾袋放在家门口,以保证自家的正常通行和维护环境卫生。关于本案的诉讼标的,下列哪一选项是正确的?

- A. 王某要求刘某不得将垃圾袋放在家门口的请求
- B. 王某要求法院保障自家正常通行权的请求
- C. 王某要求刘某维护环境卫生的请求
- D. 王某和刘某之间的相邻关系

2. (2006-3-41)^② 乙租住甲的房屋,甲起诉乙支付拖欠的房租。在诉讼中,甲放弃乙支付房租的请求,但要求法院判令解除与乙的房屋租赁合同。下列关于本案的哪种说法是正确的?

- A. 甲的主张是诉讼标的的变更
- B. 甲的主张是诉讼请求的变更
- C. 甲的主张是诉的理由的变更
- D. 甲的主张是原因事实的变更

3. (2002-3-28)^③ 王大明将房子租给刘大壮居住,月租金 1 200 元。现王大明因刘大壮拖欠了 5 个月的房租未交,而诉诸法院,要求刘大壮给付 6 000 元房租。现问,此案的诉讼标的指的是什么?

- A. 王大明租给刘大壮的房子和刘大壮欠王大明的 6 000 元钱
- B. 王大明要求刘大壮支付的 6 000 元租金
- C. 王大明提出诉讼请求所依据的王大明与刘大壮之间存在的房屋租赁关系
- D. 王大明、刘大壮与人民法院之间的诉讼法律关系

考点三 诉的分类

考点解析

诉的种类也称诉的类别,区分诉的类别,一是事实根据,二是法律根据。以当事人提供的事实为基础,根据实体法规定的不同情况和权利义务应有的不同状态,依据要求法院采取的权利保护方式的不同,对不同当事人的不同请求,可以把诉分为确认之诉、给付之诉、变更之诉三种。

1. 确认之诉

确认之诉,是指当事人要求人民法院确认某种民事法律关系存在或者不存在的诉。任何一种法律关系的成立都有一定的事实和条件,有些是法律规定的条件,有些是法律认可

① D。

② B。诉由诉的主体、诉讼标的、诉的理由构成。诉讼标的指双方当事人发生争议而请求法院作出裁判的民事法律关系,诉的理由指当事人向人民法院请求裁判保护和进行诉讼的根据。诉讼请求指当事人向法院提出的具体请求。在本题中,甲、乙因为租赁合同发生争议,甲放弃原来主张的要求乙支付房租的请求,要求法院判令解除与乙的房屋租赁合同。在这个变更的过程中,诉讼标的一直是租赁合同纠纷,诉的理由和原因事实一直是乙拖欠房租,故诉讼标的、诉的理由和原因事实都没有变更,而是诉讼请求发生了变更。

③ C。





的事实，当事人之间对某种法律关系是否已经成立，或者现在是否存在，在事实或者条件的问题上发生争议，诉诸法院要求确认，这就是确认之诉。

(1) 根据当事人请求目的的不同，确认之诉可以分为肯定的确认之诉和否定的确认之诉两种：①肯定的确认之诉，又称为积极的确认之诉，是指当事人请求法院确认其主张的法律关系存在的诉，例如请求法院确认与对方之间存在合同关系、收养关系等。②否定的确认之诉，又称为消极的确认之诉，是指当事人请求法院确认其主张的法律关系不存在的诉讼，例如要求人民法院确认与对方之间不存在婚姻关系、收养关系、买卖合同关系等。

(2) 确认之诉的特征为：仅要求法院通过审判确认特定的法律关系存在或不存在，并不要求法院判令对方履行某一给付义务。当事人之间没有行使权利和履行义务的争议，法院的最后裁判不存在执行问题。

2. 给付之诉

给付之诉，是指当事人请求人民法院判令对方履行一定给付义务的诉讼。民事法律关系是实体权利义务关系，往往是一方或双方享有一定的权利，又承担着一定义务，而在行使权利和履行义务的过程中，往往会发生争议，例如要求被告支付租金，返还借用物，按合同约定的时间播放广告，停止侵害名誉权的行为等，这时如果到法院起诉，就会产生给付之诉。要注意，给付之诉的履行对象，既包括支付一定数额的货币或财产，也包括为或不为某种特定的行为，例如要求义务人维修房屋等。

(1) 给付之诉的分类：①依照给付内容的不同，给付之诉可以分为特定物的给付之诉和种类物的给付之诉两类。②依照请求给付的时间不同，给付之诉可以分为现在给付之诉和将来给付之诉。现在给付之诉，是指判决生效后，被告即应向原告履行给付义务。将来给付之诉，是指判决生效后，被告无须立即给付，而等到履行期届满时才履行给付义务。将来给付之诉仅在被告有到期不能履行的现实危险时，才允许提起。

(2) 给付之诉的特征：在给付之诉中，往往当事人双方分别享有某种权利或者承担某种义务，而应履行义务的一方拒绝履行义务，或者双方之间就如何行使权利和履行义务发生争议，请求人民法院予以处理。法院对案件经过审理，不仅要确认当事人之间的民事法律关系，而且还要在此基础上判令义务人履行义务。法院所作的给付判决具有强制执行性，负有义务方若不履行义务时，对方可以申请法院强制执行。

(3) 给付之诉与确认之诉的关系：一般说来，确认之诉是给付之诉的前提，只有先确认当事人之间的法律关系，然后才能解决给付履行问题；同时确认之诉将来可能发展为给付之诉，从而具有预决的效力；在给付之诉中，法院若判决原告败诉，该判决则成为原告、被告之间不存在给付义务的确认判决。但是当事人提起确认之诉和给付之诉的目的不同，确认之诉只能是双方对现存法律关系是否存在发生争议，而给付之诉则不一定对现存法律关系有争议。

3. 变更之诉

变更之诉，是指当事人请求人民法院改变或消灭某种现存民事法律关系的诉。民事主体之间的法律关系由于一定的行为或者事实而成立，也可因一定的行为或事实而变更或结束，如果双方对某种法律关系是否存续发生争议而诉诸法院，借助法院的判决来改变既存的法律关系时，这就会形成变更之诉，例如一方要求解除婚姻关系的诉，要求解除收养关系的诉，要求变更交货日期或交货地点的诉，要求撤销合同的诉等，都属于变更之诉。

变更之诉的特征为，双方当事人对现存法律关系没有争议，只是对现存的法律关系是

否变更或者如何变更存在争议；双方当事人争执的主要是有法律意义的事实，而不是权利的享有和义务的承担；法院判决生效之前法律关系处于不变状态，法院变更判决生效之后，其法律关系才发生变更或者消灭。变更之诉是一种独立的诉，不依附于确认之诉和给付之诉，但变更之诉往往与当事人一方或双方新的给付要求相联系。

真题演练

1. (2008-3-86)^① 关于诉的种类的表述，下列哪些选项是正确的？
 - A. 甲公司以乙公司违约为由，诉至法院要求解除合同，属于变更之诉
 - B. 甲公司以乙公司的履行不符合约定为由，诉至法院要求乙公司继续履行，属于给付之诉
 - C. 甲向法院起诉乙，要求返还借款1000元，乙称自己根本没有向甲借过钱，该诉讼属于确认之诉
 - D. 甲公司起诉乙公司，要求乙公司立即停止施工或采取有效措施降低噪音，属于变更之诉
2. (2007-3-41)^② 甲的邻居乙买来建筑材料，准备在房后建一杂物间，甲认为会挡住自己出入的通道，坚决反对。乙不听。甲向法院起诉，请求法院禁止乙的行为。该诉讼属于哪类诉？
 - A. 确认之诉
 - B. 形成之诉
 - C. 给付之诉
 - D. 变更之诉
3. (2004-3-36)^③ 下列哪一种民事诉讼请求属于给付之诉？
 - A. 甲起诉请求乙停止损害其名誉
 - B. 丙起诉丁请求撤销二人之间的房屋买卖合同
 - C. 男方起诉前妻，请求将二人之子判归前妻抚养
 - D. 王某起诉李某，请求解除收养关系

考点四 反诉

考点解析

反诉，是指在已经开始的诉讼程序中，本诉的被告通过法院向本诉的原告提出的一种独立的反请求。反诉与本诉相对应，在本诉的进行中提起反诉，这属于诉的合并的情形之一；同样，与本诉中原告的起诉权相对应，本诉中的被告享有的是提起反诉的程序性权利。

反诉制度肇始于古代罗马法，由罗马法中的民事诉讼抵销抗辩发展而来。在古代罗马在诉讼程序的初期，还不承认反诉，直到公元7世纪，从公平的观点出发，在一定条件下承认被告的抵销抗辩，从而延伸到承认反诉。之后，这一制度在英、美、法、德、日等国

① AB。

② C。给付之诉中给付的内容既包括给付财产，也包括给付行为；行为中既包括作为，也包括不作为。本题中，甲向法院起诉，请求法院禁止乙的行为，属于要求乙不作为的请求，是给付之诉。因此，C为应选项。

③ A。A项正是属于给付之诉。而BCD项均属于变更之诉。





家普遍确立下来。

反诉制度的设立，是当事人享有程序意义上诉权的重要体现，是诉讼民主和程序对等的体现，有助于提高诉讼效率，减少法院的矛盾判决。

1. 反诉的特征

反诉是在已经开始的诉讼程序中，本诉的被告向本诉的原告提出的一种独立的特殊之诉。

反诉不同于反驳。反驳是指被告针对原告提出的诉讼请求和理由，从实体上和程序上，从事实上和法律上予以辩驳。反驳是被告依法享有的诉讼权利，也是被告在诉讼中经常采用的防御手段，反驳的目的虽然也在于使原告的诉讼目的无法实现，但它并非向原告提出独立的诉讼请求，也不产生引起新的诉发生的效果。反驳是被告的单纯防御行为，而反诉则是被告通过发动进攻来进行防御，是向本诉原告提出的独立的诉讼请求。

反诉的特征为：

- (1) 反诉是本诉中的被告提出的独立的反请求；
- (2) 本诉的原告不因反诉的提起丧失本诉原告的资格，本诉的被告也不因反诉的提起丧失本诉被告的资格，本诉的原告、被告和反诉的原告、被告互不影响；
- (3) 被告提起反诉，必须具有提起诉讼的权利，并按起诉的要求向人民法院提起，反诉实际上是特殊形式的起诉；
- (4) 反诉是在本诉经法院受理后提出的，是同本诉相对的（对本诉原告提起的），如果反诉提出在先，则该反诉就是本诉；
- (5) 即使没有本诉的存在（如本诉已结束），被告也可以另外单独地启动新的诉讼程序；
- (6) 不论原告提出的本诉是哪一种，被告均可以提出任何形式的反诉，比如对原告提出的请求确认之诉，被告可以提出请求确认的、变更的或给付的反诉；
- (7) 反诉提起后不因本诉的自愿撤回或被法院驳回而失去效力，同样，反诉的撤回也不影响本诉的继续审理。

2. 提起反诉的条件

(1) 提起反诉应当具备起诉的一般条件，同时反诉不能超过诉讼时效，不能认为本诉在诉讼时效之内，反诉也自然在诉讼时效之内，本诉超过诉讼时效的，反诉不一定就超过诉讼时效。

(2) 当事人条件。反诉的原告只能是本诉的被告，反诉的被告只能是本诉的原告，反诉的当事人和本诉的当事人不增加，也不减少，只是诉讼地位互换。

(3) 管辖条件。反诉必须受人民法院主管，只能向受理本诉的人民法院提出。

(4) 时间条件。根据最高人民法院《民事证据规定》第34条第3款规定：当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。所以，本诉的被告提起反诉应当在人民法院受理本诉以后，在举证期限内提出。

(5) 目的要件。即要求反诉的目的要有对抗性，能够吞并、抵销或排除本诉中原告的诉讼请求。

(6) 同种程序要求。特别程序不适用反诉；反诉与本诉必须属于同一程序，不能一个适用普通程序，一个适用简易程序，更不能一个适用一审程序，另一个适用二审程序。

(7) 牵连性要件。即要求反诉的诉讼请求与本诉的诉讼请求必须有牵连：要么基于同一事实关系，要么基于同一法律关系，要么基于某种权利义务，都应与本诉有一定的联系才能提起。

3. 反诉案件的审理

被告提出反诉的,法院应审查其是否符合起诉条件,不符合条件的,不予受理;符合起诉条件的,再决定是否与本诉合并审理。

反诉提起后,法院一般应将其与本诉合并审理,但合并审理并非反诉之必然结果,在一定情形下,对于反诉也可分别审理。合并审理并非反诉的目的,只是解决当事人纠纷的一种方式,并非所有的反诉都必须与本诉合并审理,对于其中一诉已达到可作出判决的程度时,可以先行作出部分判决。应当区分不同的情形,进行合并审理、合并裁判;合并审理、分别裁判;或者分别审理、分别裁判。

真题演练

1. (2009-3-36)^① 甲公司起诉要求乙公司交付货物。被告乙公司向法院主张合同无效,应由原告甲公司承担合同无效的法律后果。关于本案被告乙公司主张的性质,下列哪一说法是正确的?

- A. 该主张构成了反诉
- B. 该主张是一种反驳
- C. 该主张仅仅是一种事实主张
- D. 该主张是一种证据

2. (四川 2008-3-35)^② 关于反诉,下列哪一选项是正确的?

A. 甲诉乙侵权纠纷一案,乙提出反诉后,甲自觉理亏而撤回了本诉,法院则应当将反诉终结审理

B. 某法院对自己作出的某案件的二审判决进行再审时,被告提出反诉,法院对此应当进行调解,调解不成的,告知另行起诉

C. 丙诉丁交付货物,丁聘请了律师,并出具了仅写明“全权委托”字样的授权委托书,庭审中丁的律师可以代替丁提出反诉

D. 戊诉己借款纠纷案,己在庭审中对戊提出人身损害赔偿的反请求,法院对此应当进行调解,调解不成的,告知另行起诉

3. (2007-3-88)^③ 2003年8月,设立于同一行政区域内的甲公司向乙公司订购了40台电脑,协议约定乙公司于2004年1月31日之前交货,甲公司于2004年3月15日之前付清货款。乙公司按期向甲公司交付了40台电脑,但甲公司只在2004年3月向乙公司交付了29台电脑款,其余11台电脑款一直未交付。2005年1月,乙公司起诉,要求甲公司支付余款及其利息,法院受理了此案。甲公司认为乙公司的电脑质量不合格,准备提起反诉。关于提起反诉的解答,下列哪些选项是正确的?

- A. 甲公司的反诉在主体、管辖和牵连关系上都是符合反诉条件的

^① A。

^② B。反诉提出后,即使本诉的诉讼请求被放弃或者撤回,也不影响反诉的存在,法院仍然要对反诉进行审理并作出裁判,故A项说法错误。根据《民诉意见》第184条规定,B项说法正确。授权委托书写“全权代理”而无具体授权的,诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求,进行和解,提起反诉或者上诉。故C项说法错误。D项中戊对己提出的是借款纠纷方面的请求,而已对戊提出的是关于人身损害赔偿方面的请求,二者不论从法律上还是事实上都没有联系,所以己不能因此提起反诉,法院应当告知己提起新的诉讼,更谈不上调解,故D项说法错误。

^③ AC。被告甲公司提起反诉,受理本诉的法院是有管辖权的法院;甲公司认为乙公司的电脑质量不合格,因而准备提起反诉,其反诉请求与原告的本诉请求产生一个争议的法律关系,并且旨在抵消和吞并本诉请求,因此,符合反诉在牵连性方面的要求。A选项正确。根据当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的,应当在举证期限届满前提出,因此,B选项表述错误。根据《诉讼费办法》第18条规定,C选项正确。当事人超过诉讼时效期间起诉的,人民法院应予受理。反诉是独立的诉,当事人提起反诉也应适用这一规定,D选项表述错误。



- B. 该反诉应该在答辩期届满之前提出
- C. 反诉所需要交纳的受理费较通常的起诉减半收取
- D. 该反诉已经超过了诉讼时效，法院应依法裁定不予受理

4. (2003-3-30)^① 刘某夫妻与杨某是大学同学，关系甚密。后来刘某与杨某在生意中发生纠纷，刘某起诉至法院，要求杨某给付货款 4 000 元。法院受理后依法开庭审理，在审理中杨某提出刘某的妻子曾向其借款 5 000 元，至今未还，要求刘某夫妻用货款抵债并偿还其余 1 000 元。法院对此应如何处理？

- A. 将杨某的请求作为反诉与原诉讼合并审理
- B. 中止给付货款的诉讼
- C. 追加刘某的妻子为第三人
- D. 告知被告杨某另行起诉

5. (2002-3-24)^② 陈国忠在安定庄有 5 间瓦房，陈国忠的儿子陈良在外地工作，1998 年陈国忠去世，陈国忠的五间瓦房由其侄子陈治一家暂住。1999 年陈治未经陈良同意，将房子卖给了同村的胡双龙，陈良听说后立即将陈治告上法庭，法院审理后判决陈治将卖房所得款项全部返还陈良，陈治不服提起上诉。在上诉审过程中，陈治提出反诉，要求陈良返还其对房屋的修缮金；第二审法院应当如何处理陈治的反诉？

- A. 应当将反诉与本诉一并审理、判决
- B. 直接将案件发回重审
- C. 可以对反诉进行调解，调解不成发回重审
- D. 可以对反诉进行调解，调解不成告知陈治另行起诉



① D。
② D。

第四讲 当 事 人

【本讲概要】 本讲应当了解民事诉讼各类当事人的概念、特点。理解司法解释中对当事人地位确定的相关内容。熟悉各类当事人在诉讼中的地位，并能够结合实践确定不同的民事主体在诉讼中的地位。

考点一 当事人概述

重点法条

★第四十九条 公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。

法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。

【关联法条】

《民诉意见》

★★★40. 民事诉讼法第四十九条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：（1）依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；（2）依法登记领取营业执照的合伙型联营企业；（3）依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；（4）经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体；（5）法人依法设立并领取营业执照的分支机构；（6）中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；（7）中国人民保险公司设在各地的分支机构；（8）经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业；（9）符合本条规定条件的其他组织。

★★41. 法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人为当事人。

考点解析

（一）当事人的特征

民事诉讼中的当事人，是指因民事权利义务关系发生争议，以自己的名义进行诉讼，案件审理结果与其有法律上的利害关系，并受人民法院裁判或调解书约束的人。民事诉讼中当事人的范围包括：原告、被告、共同诉讼人、第三人和诉讼代理人。

当事人的特征主要有：

1. 民事主体的民事权利义务关系发生争议，这是民事诉讼当事人的最基本特征。民事主体的权利义务发生争执是民事诉讼的起因。

2. 以自己的名义进行诉讼。如果不以自己名义起诉、应诉的，就不是当事人，这是把当事人与诉讼代理人相区分的一个基本特征。

3. 与案件审理结果有着直接的法律上的利害关系。当事人是发生争执的民事法律关



系的主体，是为了保护自身的权益参加诉讼的，与案件审理结果有直接的法律上利害关系，直接承担诉讼的有利或者不利的结果。如果与案件审理结果没有直接的法律上利害关系，例如证人参加作证，鉴定人进行鉴定等，就不属于当事人。

4. 在诉讼中享有主要的诉讼权利，承担主要的诉讼义务，能够以自己的行为引起民事诉讼法律关系的发生、变更或者消灭。这一特征表明了当事人民事诉讼主体的地位。

5. 受人民法院判决、裁定或者调解书的约束。人民法院的裁判、调解书一旦生效，当事人必须履行。

（二）诉讼权利能力与诉讼行为能力

就主体资格而言，在民法中有民事权利能力和民事行为能力的概念，与此相对应，在民事诉讼中则要考察主体的诉讼权利能力和诉讼行为能力。

1. 诉讼权利能力

诉讼权利能力，是指公民、法人或其他组织能够成为民事诉讼当事人，享有民事诉讼权利和承担民事诉讼义务的法律上的资格。在民事诉讼活动中，没有诉讼权利能力，就不具备当事人的法律资格，也就没有诉讼当事人的法律地位，自然也就不能成为民事诉讼主体，具有诉讼权利能力是作为诉讼当事人资格的基本条件。

（1）当事人享有平等的诉讼权利能力

“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。”也就是说，公民、法人和其他组织都可以享有诉讼权利能力，都能够成为民事诉讼当事人。

但是自然人（公民）的诉讼权利能力与法人和其他组织的诉讼权利能力不同：自然人的诉讼权利能力始于出生，终于死亡；法人和其他组织的诉讼权利能力始于依法成立，终于其被撤销、解散等。

（2）民事诉讼权利能力与民事权利能力的关系

① 诉讼权利能力与民事权利能力有密切的关系，在通常情况下，有民事权利能力的人，就具有民事诉讼权利能力。

② 但在特殊情况下，两者也可能出现不一致，没有民事权利能力的人，也可以具有诉讼权利能力，成为民事诉讼当事人。对于公民和法人无疑既具有民事权利能力，也具有民事诉讼权利能力；而不具有民事主体资格的其他组织，如合伙制企业、分公司等，却具有诉讼权利能力。另外，按照《民诉意见》的规定，一些非实体权利义务的主体也可以成为民事诉讼当事人，这类主体包括：清算组织，失踪人的财产代管人，遗产管理人、遗嘱执行人，为保护死者名誉权而提起诉讼的死者的近亲属等。

民事诉讼权利能力之所以会出现与民事权利能力的分离，主要是因为民事实体法与民事程序法在处理当事人的这一问题时立足点有所不同。民法和其他民事实体法为了防止民事责任的划分出现混乱，对现实生活中存在于公民、法人以外的其他组织持否认立场，一般不赋予它们民事权利能力，不承认它们是公民、法人以外的第三类民事主体。民事诉讼法对待其他组织的立场与民事实体法不同，它着眼于诉讼上的便利，为了方便起诉和应诉，赋予那些没有负责人的其他组织诉讼权利能力，使它们在发生纠纷时能够成为民事诉讼的当事人。

2. 诉讼行为能力

诉讼行为能力，是指能够亲自从事民事诉讼活动，具有独立行使诉讼权利和履行诉讼



义务的能力。只有既有诉讼权利能力，又具有诉讼行为能力的人，才能独立行使诉讼权利，履行诉讼义务。当事人具有诉讼行为能力是诉讼行为有效的必要条件，无诉讼行为能力人实施的诉讼行为和针对无诉讼行为能力人实施的诉讼行为均属无效。

(1) 具有诉讼行为能力的要件

① 对于当事人是公民的，当事人要具备诉讼行为能力，必须达到一定的年龄，对事物有着鉴别和判断的能力。有诉讼权利能力而无诉讼行为能力的人，例如精神病人、未成年人，虽然可以成为民事诉讼的当事人，但却不能自己有效地为诉讼行为，这时就需要其父母、监护人等法定代理人代为参加诉讼。

② 对于当事人是法人和其他组织的，不存在无诉讼行为能力的问题，法人和其他组织的诉讼行为能力与诉讼权利能力同时产生，同时消灭，并且二者的范围一致。

(2) 民事诉讼行为能力与民事行为能力的关系

公民的民事诉讼行为能力与民事行为能力有着密切的联系，具有民事诉讼行为能力的人肯定具有民事行为能力，但反之则不一定，这二者的分类是不同的。

① 民事行为能力可以分为三类，即完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力。

② 民事诉讼行为能力则分为两类，即有诉讼行为能力和无诉讼行为能力。在民事诉讼中，具有完全民事行为能力的公民才具有诉讼行为能力，无民事行为能力和限制民事行为能力的公民均不具有诉讼行为能力。

(三) 当事人的诉讼权利与诉讼义务

当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力仅是民事主体成为民事诉讼主体的资格和进行诉讼的条件。当事人的诉讼权利，是民事诉讼法赋予当事人维护自己的民事权益的手段，是宪法确定的公民基本权利在民事诉讼中的体现。当事人的诉讼义务是指当事人在进行诉讼时所应遵循的程序规则。当事人应当依法行使诉讼权利并履行相应的诉讼义务。

《民事诉讼法》第50条规定：当事人有权委托代理人，提出回避申请，收集、提供证据，进行辩论，请求调解，提起上诉，申请执行。当事人可以查阅本案有关材料，并可以复制本案有关材料和法律文书。查阅、复制本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。当事人必须依法行使诉讼权利，遵守诉讼秩序，履行发生法律效力的判决书、裁定书和调解书。从而系统规定了民事诉讼当事人的诉讼权利和诉讼义务。

1. 当事人的诉讼权利

(1) 一方当事人所享有的诉讼权利

① 原告有提起诉讼的权利。提起诉讼的权利是当事人享有的请求司法保护的权利，该项权利的行使是民事诉讼程序发生的前提。

② 原告提起民事诉讼后，有放弃或者变更诉讼请求、撤回诉讼的权利。

③ 被告有进行反驳或承认原告的诉讼请求，以及提起反诉的权利。

(2) 双方当事人所共同享有的诉讼权利

① 用本民族语言文字进行诉讼的权利。

② 委托代理人的权利。当事人有权寻求代理人的帮助，委托诉讼代理人代为进行诉讼。

③ 申请回避的权利。

④ 查阅、复制本案有关材料的权利。



⑤ 收集和提供证据的权利。当事人有权向有关单位和个人收集证据，并在诉讼中向法院提供证据证明自己的主张。对因客观原因不能自行收集的证据，当事人还有权要求人民法院调查收集。对可能灭失或今后难以取得的证据，当事人还有权要求人民法院采取证据保全措施。

⑥ 进行陈述、质证和辩论的权利。当事人在庭审过程中有权陈述自己的主张和案件事实，有权就对方提供的证据和法院主动收集的证据进行质证，有权通过辩论反驳对方的主张和论证自己的主张。

⑦ 选择调解的权利。当事人可以请求法院进行调解，也可以拒绝对方当事人或法院提出的调解要求。

⑧ 自行和解的权利。在法院作出裁判前，当事人还有权通过互相协商，达成解决争议的协议，以终结诉讼。

⑨ 申请财产保全和先予执行的权利。对符合财产保全和先予执行条件的案件，当事人还有权请求法院采取财产保全和先予执行措施。

⑩ 提起上诉的权利。对允许上诉的一审判决和裁定，当事人有权依法提出上诉。

⑪ 申请再审的权利。当事人认为已生效的判决、裁定、调解书确有错误，有权向原审法院及其上一级法院申请再审。

⑫ 申请执行的权利，负有义务的一方当事人拒不履行具有给付内容的生效法律文书时，享有权利的一方当事人有权申请人民法院强制执行。

⑬ 认为法庭笔录确有错误，申请补正的权利。

2. 当事人的诉讼义务

当事人在享有诉讼权利的同时，应当履行相应的诉讼义务：

(1) 必须依法行使诉讼权利。当事人必须按照民事诉讼法的规定正当行使其诉讼权利，不得滥用诉讼权利，损害他人合法权益。

(2) 应当遵守诉讼秩序。当事人必须遵守法庭秩序，服从法庭指挥，不得实施妨害民事诉讼的行为。

(3) 履行法院生效的法律文书。

(四) 当事人诉讼权利义务的承担

当事人诉讼权利义务的承担，是指在民事诉讼进行中，由于特殊原因，原来当事人的诉讼权利，转让给新的当事人，新的当事人享受原当事人的诉讼权利，承担其诉讼义务。新的当事人继续原当事人已经开始的诉讼，诉讼程序是继续进行，而不是重新开始，原当事人实施的一切诉讼行为，对新当事人都发生效力。

当事人诉讼权利、义务的承担是基于民事权利、义务的转移而产生。当事人是因为民事实体权益发生纠纷而进行诉讼的，在诉讼过程中，当事人的民事权利义务一旦发生了转移，诉讼权利义务也会随之发生转移。

1. 当事人诉讼权利义务承担的适用情形

根据《民诉意见》第44条的规定，民事诉讼当事人诉讼权利、义务承担的情形主要有：

(1) 一方当事人死亡。在诉讼中，一方当事人死亡，有继承人的，裁定中止诉讼。人民法院应及时通知继承人作为当事人承担诉讼，被继承人已经进行的诉讼行为对承担诉讼的继承人有效。但如果实体权利义务是专属于死亡一方当事人的不可转移的人身性质的权

利义务，则不发生诉讼权利义务的承担。

(2) 企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人；企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。

(3) 企业法人未经清算即被撤销，有清算组织的，以该清算组织为当事人；没有清算组织的，以作出撤销决定的机构为当事人。

2. 当事人的追加

当事人的追加是指人民法院受理案件后，在诉讼过程中，发现有必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院通知其参加诉讼的一种活动。

当事人追加的情形主要有两种：一是对必要共同诉讼当事人的追加；二是对无独立请求权第三人参加诉讼的通知。

真题演练

1. (四川 2008-3-48)^① 依据我国现行法律的规定及相关诉讼理论，关于当事人诉讼权利能力，下列哪一选项是正确的？

- A. 民事诉讼权利能力都是以民事权利能力为基础的
- B. 民事诉讼权利能力都是以民事行为能力为基础的
- C. 具有民事诉讼权利能力者在实体上就具有民事权利能力
- D. 具有民事诉讼权利能力者在实体上不一定就具有民事权利能力

2. (四川 2008-3-97~100) 香山公司（住所位于甲市 A 区）与红叶公司（住所位于乙市 B 区）签订了一份建筑合同，由红叶公司承建香山公司丙市分公司的办公楼（位于丙市 C 区）。双方同时还约定因履行该建筑合同发生的争议，双方协商解决；协商不成的，双方可以向甲市 A 区法院起诉或者向乙市 B 区法院起诉。办公楼建成后，因办公区的附属设施质量不符合合同约定，香山公司与红叶公司协商无果，香山公司向法院起诉。诉讼中双方主动申请法院调解，在调解中红叶公司承认工程所用水泥不合要求，因而影响了工程质量，但双方就赔偿无法达成协议。根据以上案情，请回答以下 97~100 题。

97.^② 关于本案的管辖，下列选项正确的是：

- A. 甲市 A 区法院和乙市 B 区法院有管辖权
- B. 乙市 B 区法院和丙市 C 区法院有管辖权
- C. 甲市 A 区法院和丙市 C 区法院有管辖权
- D. 本案只有丙市 C 区法院有管辖权

98.^③ 关于本案当事人的确定，下列选项正确的是：

- A. 香山公司是原告，红叶公司是被告
- B. 香山公司及其丙市分公司是共同原告，红叶公司是被告

① D. 民事诉讼权利能力是指成为民事诉讼当事人，享有民事诉讼权利和承担民事诉讼义务所必需的诉讼法上的资格。在通常情况下，有民事权利能力的人才具有民事诉讼权利能力，如公民、法人。但在特殊情况下，没有民事权利能力的人，也可以有民事诉讼权利能力，成为民事诉讼中的当事人。比如清算组（破产管理人）不具有民事权利能力，但也可以成为民事诉讼当事人，因此民事权利能力和民事诉讼权利能力二者不能等同，故 A、B、C 项说法错误，D 项说法正确。

② B. 《民事诉讼法》第 24 条规定，因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。乙市 B 区法院作为被告红叶公司住所地法院、丙市 C 区法院作为合同履行地法院对本案享有管辖权。

③ A. 根据《公司法》第 14 条第 1 款规定，丙市分公司不具有法人资格，不为合同当事人，所以也不为案件的当事人。因此，香山公司为原告，红叶公司是被告。本题的正确答案为 A。





- C. 香山公司是原告，红叶公司是被告，香山公司的丙市分公司是无独立请求权第三人
D. 香山公司是原告，红叶公司是被告，香山公司的丙市分公司是有独立请求权的第三人

99. ① 红叶公司在调解中承认承建的附属设施存在质量问题，关于法院如何认定该事实，下列选项正确的是：

- A. 因被告红叶公司已在调解中承认了存在质量问题，形成自认，法院可以直接认定该事实
B. 法院不能直接认定该事实，但可以作为对被告不利的证据
C. 法院不能直接认定该事实，也不得作为对被告不利的证据
D. 法院可以在庭审中再次询问被告红叶公司，若红叶公司既不承认，也不否认，法院可以认定该事实成立

100. ② 若在诉讼中双方达成和解协议，关于该案如何终结，下列选项正确的是：

- A. 香山公司可以申请撤诉，经法院同意后终结诉讼程序
B. 双方可以向法院申请根据和解协议作出判决
C. 双方可以向法院申请根据和解协议作出裁决
D. 双方可以向法院申请根据和解协议制作调解书

3. (2008-3-44) ③ 关于当事人适格的表述，下列哪一选项是错误的？

A. 当事人诉讼权利能力是作为抽象的诉讼当事人的资格，它与具体的诉讼没有直接的联系；当事人适格是作为具体的诉讼当事人资格，是针对具体的诉讼而言的

B. 一般来讲，应当以当事人是否是所争议的民事法律关系的主体，作为判断当事人适格标准，但在某些例外情况下，非民事法律关系或民事权利主体，也可以作为适格当事人

C. 清算组织、遗产管理人、遗嘱执行人是适格的当事人，原因在于根据权利主体意思或法律规定对他人的民事法律关系享有管理权

D. 检察院就生效民事判决提起抗诉，抗诉的检察院是适格的当事人

4. (2006-3-88) ④ 某大学4名师生联名起诉甲公司污染某条大河，请求判决甲公司出资治理该河流的污染。起诉者除列了4名师生外，还列了该河流中的某著名岛屿作为原告，法院没有受理。对此下列哪些说法符合法律规定？

- A. 只有自然人和法人能够成为民事诉讼当事人
B. 本案当事人不适格

① CD。在诉讼中，当事人达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。因此A项和B项的说法错误，C项说法正确。根据《民事证据规定》第8条第2款规定，D项说法正确。

② AD。当事人申请撤诉，人民法院必须依法进行审查其是否符合法律规定的条件，符合条件的，裁定准予撤诉，案件审理终结；不符合条件的，裁定驳回申请，案件继续审理。因此A项的说法正确。当事人在诉讼过程中自行达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的申请依法确认和解协议制作调解书。当事人自行和解或者经调解达成协议后，请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的，人民法院不予支持。因此B项和C项的说法错误，D项的说法正确。

③ D。

④ BCD。公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。故A项错误。由于现行民事诉讼法没有规定公益诉讼，原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织，本案中的4名师生并不是大河污染的直接受害者，因此属于不适格的当事人，而河流中的岛屿不具有诉讼主体资格，故B项、D项符合题意。本案从性质上来讲属于环境污染侵权诉讼，因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。因此被污染河段流经地区的法院均有管辖权，故C项符合题意。

- C. 本案属于侵权诉讼,被污染河段流经地区的法院均有管辖权
D. 本案起诉属于公益诉讼,现行民事诉讼法没有规定
5. (2003-3-72)^① 非实体权利义务主体成为民事诉讼当事人须有法律的特别规定。

下列哪些主体依法可以成为民事诉讼当事人?

- A. 公司清算过程中的清算组织
B. 失踪人的财产代管人
C. 遗产管理人或遗嘱执行人
D. 为保护死者名誉权而提起诉讼的 dead 的近亲属

考点二 原告与被告

重点法条

★第五十条 当事人有权委托代理人,提出回避申请,收集、提供证据,进行辩论,请求调解,提起上诉,申请执行。

当事人可以查阅本案有关材料,并可以复制本案有关材料和法律文书。查阅、复制本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。

当事人必须依法行使诉讼权利,遵守诉讼秩序,履行发生法律效力的判决书、裁定书和调解书。

★第五十二条 原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求,有权提起反诉。

【关联法条】

《民诉意见》

★38. 法人的正职负责人是法人的法定代表人。没有正职负责人的,由主持工作的副职负责人担任法定代表人。设有董事会的法人,以董事长为法定代表人;没有董事长的法人,经董事会授权的负责人可作为法人的法定代表人。不具备法人资格的其他组织,以其主要负责人为代表人。

★39. 在诉讼中,法人的法定代表人更换的,由新的法定代表人继续进行诉讼,并应向人民法院提交新的法定代表人身份证明书。原法定代表人进行的诉讼行为有效。

本条的规定,适用于其他组织参加的诉讼。

★★43. 个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的,在诉讼中,该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。

★44. 在诉讼中,一方当事人死亡,有继承人的,裁定中止诉讼。人民法院应及时通知继承人作为当事人承担诉讼,被继承人已经进行的诉讼行为对承担诉讼的继承人有效。

★45. 个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的,其雇主是当事人。

★46. 在诉讼中,个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的,应在法

^① ABCD。



律文书中注明登记的字号。

营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。

考点解析

（一）原告、被告的概念

民事诉讼的原告，是指由于自己或者受其管理支配的民事权益受到侵害，或者与他人发生了争议，为了维护其合法权益，以自己的名义向人民法院起诉，人民法院受理后，从而导致诉讼程序开始的人。

民事诉讼的被告，是指被原告声称侵害了其民事权益，或者与其发生了民事权益争议，依法被人民法院传唤应诉的人。

原告是提起诉讼，引起诉讼程序发生的人；被告是被人民法院传唤应诉的人，原告、被告处于相对的平等地位。

（二）原告、被告等当事人包含的种类

公民、法人和其他组织都可以作为当事人，都可以成为民事诉讼的原告、被告、第三人等。但就公民、法人和其他组织三类主体所包含的范围来说，《民诉意见》又进行了扩充和限定。具体而言：

1. 公民（自然人）

所有的中国公民（自然人）在自己的民事权益或其代管财产受到侵犯，或者在民事活动中与他人发生纠纷，都可以作为原告或被告到人民法院起诉或应诉，即使是无诉讼行为能力的人，也具有民事原告或被告等当事人的资格。

根据《民诉意见》第45条、第46条、第48条、第49条和第53条的规定，公民作为诉讼当事人，应当按照下列情形进行确定：

（1）以雇主为当事人。个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的，其雇主是当事人。

（2）以业主为当事人。在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。

（3）当事人之间的纠纷经仲裁机构仲裁或者经人民调解委员会调解，当事人不服仲裁或调解向人民法院提起诉讼的，应以对方当事人为被告。

（4）以直接责任人员的身份为当事人。法人或者其他组织应登记而未登记即以法人或者其他组织名义进行民事活动，或者他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动，或者法人或者其他组织依法终止后仍以其名义进行民事活动的，以直接责任人为当事人。

（5）保证合同中，债权人仅起诉被保证人的，可只列被保证人为被告。

2. 法人

法人作为当事人，须由其法定代表人进行诉讼。法定代表人，是指依照法律或者组织章程代表法人行使职权的正职负责人，如工厂的厂长、经理等，成立董事会的以董事长为法定代表人。

根据《民诉意见》第38条、第39条、第41条、第42条、第50条、第51条的规定：

（1）法人的正职负责人是法人的法定代表人。没有正职负责人的，由主持工作的副职



负责人担任法定代表人。设有董事会的法人，以董事长为法定代表人；没有董事长的法人，经董事会授权的负责人可作为法人的法定代表人。

(2) 在诉讼中，法人的法定代表人更换的，由新的法定代表人继续进行诉讼，并应向人民法院提交新的法定代表人身份证明书。原法定代表人进行的诉讼行为有效。

(3) 法人的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼，该法人为当事人。

(4) 企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人；企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。

(5) 企业法人未经清算即被撤销，有清算组织的，以该清算组织为当事人；没有清算组织的，以作出撤销决定的机构为当事人。

(6) 法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人为当事人。

3. 其他组织

其他组织是指合法成立，有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织。其他组织尽管能够以自己的名义参与民事活动，但他们并不能够独立承担民事责任，其民事责任仍然要由组织的成员来承担，其他组织不具有民事主体资格，但为了便利诉讼，《民事诉讼法》承认其他组织可以拥有民事诉讼权利能力，可以成为民事诉讼当事人。

(1) 不具备法人资格的其他组织，以其主要负责人为代表人。在诉讼中，代表人更换的，由新的代表人继续进行诉讼，并应向人民法院提交新的代表人身份证明书。原代表人进行的诉讼行为有效。

(2) 其他组织的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼，该其他组织为当事人。

(3) 根据《民诉意见》第40条规定，其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织。其他组织的外延包括：

- ① 依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；
- ② 依法登记领取营业执照的合伙型联营企业；
- ③ 依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；
- ④ 经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体；
- ⑤ 法人依法设立并领取营业执照的分支机构；
- ⑥ 中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；
- ⑦ 中国人民保险公司设在各地的分支机构；
- ⑧ 经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业；
- ⑨ 法人的清算组织；
- ⑩ 符合本条规定条件的其他组织。

真题演练

1. (2009-3-38)^① 王甲两岁，在幼儿园入托。一天，为幼儿园送货的刘某因王甲将其衣服弄湿，便打了王甲一记耳光，造成王甲左耳失聪。王甲的父亲拟代儿子向法院起诉。关于本案被告的确定，下列哪一选项是正确的？

^① C。





- A. 刘某是本案唯一的被告
- B. 幼儿园是本案唯一的被告
- C. 刘某和幼儿园是本案共同被告
- D. 刘某是本案被告，幼儿园是本案无独立请求权第三人

2. (2008-3-84)^① 李某和张某到华美购物中心采购结婚物品。张某因购物中心打蜡地板太滑而摔倒，致使左臂骨折，住院治疗花费了大量医疗费，婚期也因而推迟。当时，购物中心负责地板打蜡的郑某目睹事情的发生经过。受害人认为购物中心存在过错，于是，起诉要求其赔偿经济损失以及精神损害赔偿。关于本案诉讼参与人，下列哪些选项是正确的？

- A. 李某、张某应为本案的共同原告
- B. 李某、郑某可以作为本案的证人
- C. 华美购物中心为本案的被告
- D. 华美购物中心与郑某为本案共同被告

3. (2006-3-43)^② 甲公司董事会作出一项决议，部分股东认为该决议违反公司章程，欲通过诉讼请求法院撤销董事会的决议。这些股东应当如何提起诉讼？

- A. 以股东会名义起诉公司
- B. 以公司名义起诉董事会
- C. 以股东名义起诉董事会
- D. 以股东名义起诉公司

4. (2005-3-46)^③ 甲被生前工作单位申报为革命烈士，某报对甲的事迹进行了宣传。乙四处散布言论贬损甲。对乙的行为，谁可以向法院提起精神损害赔偿诉讼？

- A. 甲生前的工作单位
- B. 甲的子女
- C. 宣传甲事迹的某报社
- D. 批准甲为烈士的某省政府、

5. (2002-3-22)^④ 周童（5岁）星期天和祖母李霞去公园玩，游戏过程中周童将林晨（6岁）的双眼划伤致使林晨的右眼失明、左眼视力下降。林晨的父亲林珂要求周家赔偿林晨的医疗费、伤残费共计6万元。周童的父亲周志伟以周童是未成年人为由拒绝赔偿。林家无奈只好诉至法院。下列关于本案诉讼参与人地位的表述哪项是正确的？

- A. 本案原告是林晨，其父林珂是林晨法定代理人，被告是周童，其父周志伟是周童的法定代理人，李霞是证人
- B. 本案被告是周童，周志伟是其法定代理人，李霞是无独立请求权的第三人
- C. 本案原告是林珂，被告是周志伟和李霞
- D. 本案原告是林珂和林晨，被告是周志伟、李霞和周童

考点三 共同诉讼

重点法条

★★第五十三条 当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼

① BC。

② D。根据《公司法》第22条第2款规定，股东可以自己的名义起诉要求撤销董事会的决议。董事会是公司的执行机关，不具有诉讼主体资格，因此股东起诉时应该以公司为被告。

③ B。根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条规定，对乙贬损革命烈士甲的侵权行为，能够提起精神损害赔偿诉讼的适格当事人是甲的近亲属。选项B是正确选项。选项A、C、D不符合规定，是错误选项。

④ A。

标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生法律效力；对诉讼标的没有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。

【关联法条】

《民诉意见》

★47. 个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人；被推选的代表人，应由全体合伙人出具推选书。

★49. 法人或者其他组织应登记而未登记即以法人或者其他组织名义进行民事活动，或者他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动，或者法人或者其他组织依法终止后仍以其名义进行民事活动的，以直接责任人为当事人。

★50. 企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人；企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。

★52. 借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的，出借单位和借用人为共同诉讼人。

★53. 因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告；债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼；债权人仅起诉被保证人的，可只列被保证人为被告。

★54. 在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应将其列为共同原告。

★57. 必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当依照民事诉讼法第一百一十九条的规定，通知其参加；当事人也可以向人民法院申请追加。人民法院对当事人提出的申请，应当进行审查，申请无理的，裁定驳回；申请有理的，书面通知被追加的当事人参加诉讼。

考点解析

共同诉讼是指当事人一方或双方为两人或两人以上，诉讼标的是共同的或者是同一种类的，从而合并在一起进行审理的诉讼。在共同诉讼中参加的诉讼主体称为共同诉讼人。

在一般情况下，民事诉讼主体是单一的，原告和被告的主体都是一个人，即为一对一的诉讼，但有时一方的诉讼主体是两人或两人以上，这就产生了共同诉讼的问题。共同诉讼的本质属于诉讼主体的合并，即将多方主体的参与放在一个诉讼程序中进行审理。共同诉讼合并审理的目的在于便利诉讼的进行，提高诉讼效率，简化诉讼程序，防止法院作出相互抵触的裁判。

（一）共同诉讼的特征

“当事人一方或者双方为两人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。”共同诉讼的特征主要有：





1. 当事人一方或双方主体为两人或两人以上，这是共同诉讼的主体人数上的特征。在单一诉讼中，一诉讼的当事人的人数都是一个人，这与共同诉讼主体上的人数要求是不同的。

2. 诉讼标的是共同的或是同一种类的。共同诉讼人与对方之间必须存在一个共有法律关系，共同诉讼人在这一法律关系中要么共同享有权利，要么共同负有义务，或者诉讼法律关系是类似的，经当事人和人民法院同意，合并在一起审理。

3. 共同诉讼人不同于诉讼代理人和第三人。共同诉讼人是以自己的名义进行诉讼，受人民法院裁判的约束，一方共同诉讼人之间的利害关系是一致的，并居于同一的诉讼地位，不是以本诉讼的原告与被告为被告而起诉的。

按照诉讼标的的不同，可以将共同诉讼分为必要的共同诉讼和普通的共同诉讼两种。

（二）必要共同诉讼

必要的共同诉讼，是指当事人一方或者双方为两人以上，诉讼标的是共同的，人民法院必须合并进行审理的诉讼。

1. 必要共同诉讼的特征

（1）当事人一方或双方为两人以上，这是共同诉讼的起码要求。

（2）诉讼标的是共同的，即一方共同诉讼人之间的权利义务关系是共同的，或者是基于同一事实或法律原因发生的。

① 权利义务关系是共同的。当事人之间原先就有某种民事法律关系，如共同共有人对共有财产有共同的权利和义务关系，承担连带保证责任保证人与被保证的主债务人存在着连带清偿义务关系等，发生争议时，这一方多数当事人就对诉讼标的有着共同的权利、义务关系。

② 基于同一事实或法律上的原因。共同诉讼人之间的共同权利义务关系，是由同一事实或同一法律原因所产生的，例如，共同侵权就是引起共同诉讼的典型形态，当数人共同致人损害，受害人起诉要求赔偿时，数个加害人均负有赔偿义务，应当作为共同被告参加诉讼。

（3）人民法院必须合并审理。由于必要共同诉讼当事人之间权利义务关系的牵连，人民法院应当合并在一起进行审理，所有共同诉讼人都必须以自己的名义参加诉讼，人民法院对其所主张的权利或应履行的义务必须合并进行审理，一并作出判决。共同诉讼人如不全体参加诉讼，就会影响查明案件事实，难以作出正确的裁判，未参加诉讼的当事人的合法权益也很难得到有效维护。

2. 必要共同诉讼的适用情形

根据《民诉意见》第43条、第46条、第47条、第50条、第52条至第56条的规定，必要共同诉讼的适用情形主要包括：

（1）挂靠。个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。

（2）实际经营者与营业执照业主不一致的。在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。

（3）个人合伙。个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人；被推选的代表人，应由全体合伙人出具推选书。



(4) 企业法人分立。因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。

(5) 借用业务介绍信等的。借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的，出借单位和借用人为共同诉讼人。

(6) 保证合同。因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告；债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼。

(7) 继承遗产的诉讼。在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应把其列为共同原告。

(8) 承担连带责任的代理。被代理人 and 代理人承担连带责任的，为共同诉讼人。

(9) 共有。共有财产权受到他人侵害，部分共有人起诉的，其他共有人应当列为共同诉讼人。

3. 必要共同诉讼当事人的追加

必要共同诉讼由于诉讼标的是共同的，必须合并在一起审理，它是不可分之诉。人民法院受理诉讼时，如果发现只有部分必要共同诉讼人起诉或应诉，应当依职权通知未参加诉讼的共同诉讼人参加诉讼。对于必要共同诉讼当事人的追加，《民诉意见》第54条、第57条、第58条作出了原则规定：

(1) 在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应把其列为共同原告。

(2) 必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当依照《民事诉讼法》规定，通知其参加；当事人也可以向人民法院申请追加。人民法院对当事人提出的申请，应当进行审查，申请无理的，裁定驳回；申请有理的，书面通知被追加的当事人参加诉讼。

(3) 人民法院追加共同诉讼的当事人时，应通知其他当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。

(4) 人民法院通知未参加诉讼的共同诉讼人参加诉讼后，被通知的人可能不愿参加诉讼。对被追加人不愿参加诉讼的，人民法院应区分被追加人是原告还是被告分别作出处理。被追加的原告既不愿参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和判决。被追加的被告不愿参加诉讼的，人民法院一般可以对其缺席判决。对符合拘传条件的被告，则可以通过拘传强制其到庭参加诉讼。

4. 必要共同诉讼当事人之间的法律关系

必要共同诉讼当事人进行诉讼，存在两方面的法律关系：

(1) 共同诉讼人与对方当事人之间的关系，是原告与被告之间争议的民事权利义务关系，是共同诉讼人的外部关系。

(2) 共同诉讼人之间的关系，即共同原告之间或共同被告之间的关系，这是共同诉讼的内部法律关系。对此，我国采取承认原则，即依共同诉讼人中一人的行为是否对其他共同诉讼人承认来决定其效力，“共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生效力；对诉讼标的没有

共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生效力”。

（三）普通共同诉讼

普通共同诉讼，是指当事人一方或者双方为两人以上，诉讼标的是同一种类的，人民法院认为可以合并审理，并经当事人同意一并审理的诉讼。

1. 普通共同诉讼的特征

普通共同诉讼与必要共同诉讼的相同之处在于当事人主体均为一方或双方是两人以上，并且法院在一个诉讼程序中合并解决多数当事人之间的民事纠纷。两者之间的区别为如下表所示。

区 别	必要共同诉讼	普通共同诉讼
诉讼标的不同	共同的	同一种类的
诉讼请求的数量不同	只有一个共同的诉讼标的，至少有一个诉讼请求	有数个合并审理的诉讼标的，有数个诉讼请求
是否可分不同	不可分之诉，必须合并在一起审理	具有可分性，由数个同一种类的诉讼标的合成的，这些诉讼标的均具有独立性，并不一定合并审理
是否需要经过当事人同意不同	不需经过当事人同意，并且可以追加当事人	必须经过当事人同意才能合并审理

2. 普通共同诉讼的适用要件

当事人一方或者双方为两人以上，其诉讼标的是同一种类的，只有人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，才能作为共同诉讼处理。由此可见，适用普通共同诉讼对案件进行合并审理，必须具备以下条件：

（1）诉讼标的是同一种类的。普通共同诉讼要求当事人之间争议的诉讼标的是同一种类的，具有共同的法律性质。所谓诉讼标的“同一种类”，指的是必须是同一类型的民事法律关系，例如，3个承租人分别租用了同一间房屋，各租了半年时间，后来房东和这3个承租人之间因为房屋租赁而产生的纠纷；4户村民分别与村委会发生的承包合同纠纷；甲、乙、丙三人均购买了丁电脑公司的电脑，后因质量问题向丁提起诉讼，对此，甲、乙、丙三人向丁提起的诉讼，都是因为买卖电脑而引起的买卖合同纠纷等。

（2）归同一法院管辖，适用同一诉讼程序。只有当法院对诉讼标的为同一种类的数个诉讼均有管辖权时，才能够将它们合并审理。同时，普通共同诉讼还要求诉讼标的是同种类的数个案件都必须适用同一种诉讼程序，如果有的适用简易程序审理，有的适用普通程序审理，那么就无法合并在一起审理。

（3）人民法院认为可以合并审理。对当事人分别提起的诉讼，只有在人民法院认为可以合并审理的情况下，才有可能形成共同诉讼。

（4）当事人同意合并审理。人民法院认为可以合并审理的，还应当征求当事人的意见，只有在当事人也同意合并审理的情况下，法院才能合并审理；如果当事人不同意合并审理的，那么人民法院就不能够合并审理。

（5）应当符合合并审理的目的。普通共同诉讼的目的就是为了把几个案件合并在一起，简化程序，提高效率，避免无谓的重复性劳动，避免法院对类似案件作出矛盾的判决。但是，倘若合并审理达不到这样目的的话，也就没有必要合并审理。

3. 普通共同诉讼当事人之间的关系

普通共同诉讼和必要共同诉讼一样，在诉讼中都涉及两方面的法律关系：

(1) 外部法律关系，即一方共同诉讼人与对方当事人之间的关系，这适用于一般的原告与被告之间的关系。

(2) 内部法律关系，即一共同诉讼当事人之间的法律关系。对此，“对诉讼标的没有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生效力”。由于普通共同诉讼中合并在一起审理的各个诉在本质上独立的，所以一人的诉讼行为只对其自身有效，对他人没有法律效力。当然，有时一人的诉讼行为客观上对其一方的其他共同诉讼人产生影响，这另当别论。

真题演练

1. (四川 2008-3-40)^① 田某和陈某合伙经营一打印社，由甲公司负责供应耗材。田某发现甲公司送的一批货质量存在问题，经协商无果，田某向法院提起诉讼，要求甲公司接受退货并承担违约责任。案件受理后，陈某得知此事，也向该法院提起诉讼，要求甲公司赔偿损失。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 本案属于诉的客体合并，法院应当合并审理
- B. 法院应当受理陈某提起之诉，并作为另案处理
- C. 法院应当裁定驳回田某提起之诉，告知田某与陈某共同提起诉讼
- D. 法院应当裁定不予受理陈某提起之诉，但应追加陈某为共同原告

2. (2008-3-42)^② 张某将邻居李某和李某的父亲打伤，李某以张某为被告向法院提起诉讼。在法院受理该案时，李某的父亲也向法院起诉，对张某提出索赔请求。法院受理了李某父亲的起诉，在征得当事人同意的情况下决定将上述两案并案审理。在本案中，李某的父亲居于什么诉讼地位？

- A. 必要共同诉讼的共同原告
- B. 有独立请求权的第三人
- C. 普通共同诉讼的共同原告
- D. 无独立请求权的第三人

3. (2007-3-87)^③ 关于必要共同诉讼与普通共同诉讼的区别，下列哪些选项是正确的？

- A. 必要共同诉讼的诉讼标的是共同的，普通共同诉讼的诉讼标的是同种类的
- B. 必要共同诉讼的诉讼标的只有一个，普通共同诉讼的诉讼标的有若干个
- C. 必要共同诉讼的诉讼请求只有一个，普通共同诉讼的诉讼请求有若干个
- D. 必要共同诉讼中共同诉讼人的诉讼行为必须一致，普通共同诉讼中共同诉讼人的诉讼行为不需要一致

① D. 根据《民诉意见》第 47 条和第 57 条规定，田某和陈某合伙经营打印社，属于合伙关系，二人应该作为共同诉讼人参加诉讼，且该共同诉讼是必要共同诉讼。

② C。

③ AB. A 选项所述必要共同诉讼的诉讼标的是共同的，普通共同诉讼的诉讼标的是同种类的是正确的。共同的诉讼标的也就是只有一个诉讼标的，同种类的诉讼标的自然存在若干个诉讼标的，因此，B 选项正确。诉讼标的是指发生争议的民事法律关系；诉讼请求是指当事人基于争议的法律关系所提出的具体主张，因此，一个诉讼标的可能产生几个诉讼请求，C 选项表述错误。根据《民事诉讼法》相关规定，不能推导出必要共同诉讼中共同诉讼人的诉讼行为必须一致，普通共同诉讼中共同诉讼人的诉讼行为不需要一致，比如必要共同诉讼行为是否上诉就不需要一致。本题应选 AB。



4. (2003-3-26)^① 个体工商户崔某从1994年起在某市经营一饭店,领有营业执照,1997年因妻子生病急需用钱因而将饭店转让给赵某经营,但双方并未到工商局办理营业执照的更名手续。赵某经营过程中,致使多名顾客食物中毒,这些顾客决定向法院起诉要求赔偿损失。此案中当事人的诉讼地位应如何确定?

- A. 顾客是原告,赵某是被告,崔某与本案无关
- B. 顾客是原告,崔某是被告,赵某与本案无关
- C. 顾客是原告,崔某与赵某是共同被告
- D. 顾客是原告,赵某是被告,崔某是无独立请求权的第三人

5. (2002-3-63)^② 甲因办厂无资金向乙借款10万元,借期两年,并且由丙担保在甲不还钱时代甲向乙还款。两年后,甲因经营不善无力偿还借款,乙向甲和丙索款未果,向法院提起诉讼。本案中关于甲、丙诉讼地位的判断哪些是正确的?

- A. 乙可以同时向甲和丙主张权利,甲丙是共同被告
- B. 乙可以只起诉丙,但法院应通知甲作为共同被告参加诉讼
- C. 乙可以只起诉甲,人民法院可以只列甲为被告
- D. 乙只能起诉甲、丙两人中的一人

考点四 诉讼代表人

重点法条

★★第五十四条 当事人一方人数众多的共同诉讼,可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。

★第五十五条 诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的,人民法院可以发出公告,说明案件情况和诉讼请求,通知权利人在一定期间向人民法院登记。

向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼;推选不出代表人的,人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人。

代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。

人民法院作出的判决、裁定,对参加登记的全体权利人发生效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的,适用该判决、裁定。

【关联法条】

《民诉意见》

★59. 民事诉讼法第五十四条和第五十五条规定的当事人一方人数众多,一般指十人以上。

★60. 依照民事诉讼法第五十四条规定,当事人一方人数众多在起诉时确定的,可以

① C。

② ABC。





由全体当事人推选共同的代表人，也可以由部分当事人推选自己的代表人；推选不出代表人的当事人，在必要的共同诉讼中可由自己参加诉讼，在普通的共同诉讼中可以另行起诉。

★63. 依照民事诉讼法第五十五条规定受理的案件，人民法院可以发出公告，通知权利人向人民法院登记。公告期根据具体案件的情况确定，最少不得少于三十日。

★64. 依照民事诉讼法第五十五条规定向人民法院登记的当事人，应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的，不予登记，当事人可以另行起诉。人民法院的裁判在登记的范围内执行。未参加登记的权利人在诉讼时效期间内提起诉讼，人民法院认定其请求成立的，裁定适用人民法院已作出的判决、裁定。

考点解析

诉讼代表人，是指当事人人数众多的一方，推选出代表，由其为维护本方当事人利益而进行诉讼的人。

近年来，由于社会的发展，出现了许多涉及人数非常众多的纠纷，例如，因环境污染使广大居民遭受损失的案件；因出售不合格种子使广大农民受到损害的案件；因生产和销售不合格商品而损害广大消费者的案件等。生产者、经营者实施的侵权或违约行为往往会造成数百人甚至成千上万人的身或财产损害，这时一方主体人数非常众多，采用一般共同诉讼的方式很难进行，如果让各受害人分别进行诉讼，当事人和法院都要为诉讼花费大量的人力、物力和时间，而且由于由不同法院分别审理，可能造成法院裁判的抵触。因此，代表人诉讼制度正是为了适应解决群体性和大型化纠纷的需要而产生的。

“当事人一方人数众多的共同诉讼，可以由当事人推选代表人进行诉讼。”代表人诉讼制度从本质上看，乃是共同诉讼制度和诉讼代理制度的结合，是在共同诉讼的基础上，吸收诉讼代理制度的某些特征而设立的，是为了解决人数众多的纠纷的制度。在代表人诉讼制度中，诉讼具体由代表人进行而不是由全体当事人进行，人数众多的一方当事人只要推选出了诉讼代表人，就可以脱离诉讼，将诉讼交给代表人实施。代表人诉讼制度吸收了共同诉讼制度和诉讼代理制度的优点，实现了这两种制度各自功能的互补和伸展。

我国民事诉讼中的诉讼代表人，根据起诉时人数是否确定，可以分为人数确定的代表人诉讼中的诉讼代表人和人数不确定的代表人诉讼中的诉讼代表人两种。

（一）诉讼代表人

1. 诉讼代表人的条件

（1）是本案的当事人。诉讼代表人必须与一方当事人具有相同的利益，只能从一方共同诉讼人中产生。不是本案当事人，与本案没有利害关系的人不能被选为诉讼代表人。

（2）具有诉讼行为能力。诉讼代表人必须具备诉讼行为能力，如果是无民事行为能力人或者是限制民事行为能力，不得被选为诉讼代表人。当然，诉讼代表人最好具备一定的法律知识，一般应推选文化程度、智力水平较高的人。

（3）不得损害被代表人的利益。对于诉讼代表人的人数，根据《民诉意见》第62条的规定，当事人可以推选2至5名诉讼代表人，每位代表人还可以委托1至2人作为诉讼代理人。

2. 诉讼代表人的性质与权限

诉讼代表人具有双重身份，一方面他是诉讼当事人，另一方面又是其他当事人的代表



人。由于诉讼代理人本人也是当事人，所以他们同诉讼结果、同被代表的当事人具有共同的利害关系，这就决定代表人在保护全体当事人共同利益的同时，也保护了自身的合法权益，同时诉讼代理人又是其他当事人的代理人，也要维护其所代表的当事人的合法权益。

对于诉讼代表人的权限，代表人在诉讼中相当于未被特别授权处分实体权利的诉讼代理人。代表人在诉讼中实施诉讼行为或接受诉讼行为，原则上对被代表的全体当事人产生法律效力，当事人一方人数众多的共同诉讼，可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

3. 诉讼代表人的更换

代表人产生后，一般可以作为代表人进行诉讼至终结，但如出现特殊情况，则需要更换代表人。例如诉讼代理人丧失诉讼行为能力、死亡，或者损害被代表人的利益等，此时，人民法院都应裁定中止诉讼，然后由法院召集全体被代表人，以推选、协商等方式重新确定诉讼代理人，待新的代表人产生后，再恢复诉讼。

（二）人数确定的代表人诉讼

人数确定的代表人诉讼，是指一方人数众多，在起诉时人数已经确定，由众多的一方当事人推选产生代表人，由其代替全体共同诉讼人实施行为的代表人诉讼。

人数确定的代表人诉讼的构成要件为：

1. 当事人一方或双方人数众多。所谓当事人“人数众多”，根据《民诉意见》的规定，一般指10人以上。

2. 在起诉时人数已经确定。尽管一方当事人人数众多，但到底有多少，在起诉时已经确定。

3. 众多当事人之间具有共同的或同一种类的诉讼标的。代表人诉讼是以共同诉讼为基础的，对于人数确定的代表人诉讼在诉讼标的上没有区别，可以是共同的也可以是同一种类的。

4. 当事人推选产生代表人。《民诉意见》第60条规定，“当事人一方人数众多在起诉时确定的，可以由全体当事人推选共同的代表人，也可以由部分当事人推选自己的代表人；推选不出代表人的当事人，在必要的共同诉讼中可由自己参加诉讼，在普通的共同诉讼中可以另行起诉”。

（三）人数不确定的代表人诉讼

人数不确定的代表人诉讼，是指一方或双方人数众多，在起诉时人数不确定，但诉讼标的是共同的，这时由向法院登记权利的众多一方当事人推选出代表，由其代为参加的诉讼。

1. 人数不确定的代表人诉讼的条件

人数不确定的代表人诉讼，需要具备以下几项条件：

（1）当事人一方人数众多且具体人数在起诉时尚未确定。

（2）诉讼标的是同一种类的，即多数当事人之间没有共同的权利或义务关系，不存在共同的诉讼标的，但各当事人的诉讼标的属同一种类。如果诉讼标的是共同的，那么只能全部合并在一起按照人数确定的代表人诉讼进行。

（3）由向人民法院登记权利的众多当事人一方推选产生诉讼代表人。

关于两类代表人诉讼的区别，可以列表显示为（见下表）：

区 别	人数确定的代表人诉讼	人数不确定的代表人诉讼
起诉时人数是否确定不同	起诉时人数已经确定	起诉时人数不确定
诉讼标的不同	诉讼标的可以是共同，也可以是同一种类的	诉讼标的只能是同一种类的
适用程序不同	一般公开审理，作出裁判	要经过公告、登记等特殊程序，法院所作的裁判具有预决的效力

2. 人数不确定代表人诉讼的特殊程序

“诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的，人民法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记。向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼；推选不出代表人的，人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。人民法院作出的判决、裁定，对参加登记的全体权利人发生效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的，适用该判决、裁定。”根据此规定，人数不确定的代表人诉讼适用的特殊程序有：

（1）公告。人民法院在受理部分当事人的起诉之后，可以先发出公告，通知利害关系人申报权利。《民诉意见》第 63 条规定：依照人数不确定代表人诉讼受理的案件，人民法院可以发出公告，通知权利人向人民法院登记。公告期根据具体案件的情况确定，最少不得少于 30 日。

（2）权利人登记。根据《民诉意见》第 64 条的规定，向人民法院登记的当事人，应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的，不予登记，当事人可以另行起诉。

（3）推选或者商定诉讼代表人。《民诉意见》第 61 条规定，依照民事诉讼法第五十五条规定，当事人一方人数众多在起诉时不确定的，由当事人推选代表人，当事人推选不出的，可以由人民法院提出人选与当事人协商，协商不成的，也可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人。根据此规定，诉讼代表人的产生方式有三种：①选定；②商定；③指定。

（4）审理和裁判。人民法院审理后作出的裁判在登记的范围内执行，但具有预决的效力，即未参加登记的权利人在诉讼时效期间内提起诉讼，人民法院认定其请求成立的，裁定适用人民法院已作出的判决、裁定。

真题演练

1. （2008 - 3 - 48）^① A 厂生产的一批酱油由于香精投放过多，对人体有损害。报纸披露此消息后，购买过该批酱油的消费者纷纷起诉 A 厂，要求赔偿损失。甲和乙被推选为诉讼代表人参加诉讼。下列哪一选项是正确的？

A. 甲和乙因故不能参加诉讼，法院可以指定另一名当事人为诉讼代表人代表当事人进行诉讼

^① B。

B. 甲因病不能参加诉讼, 可以委托一人至两人作为诉讼代理人, 而无须征得被代表的当事人的同意

C. 甲和乙可以自行决定变更诉讼请求, 但事后应当及时告知其他当事人

D. 甲和乙已超过半数原告方当事人同意, 可以和 A 厂签订和解协议

2. (四川 2008-3-80)^① 关于当事人的诉讼处分行为, 下列哪些选项是正确的?

A. 必要共同原告中一人或数人与对方当事人达成和解协议经其他共同原告的承认, 才对其他共同原告发生法律效力

B. 诉讼代表人与对方当事人进行和解, 必须经被代表的当事人同意

C. 无独立请求权第三人可以承认、放弃、变更诉讼请求, 进行和解, 申请撤诉

D. 法定诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求, 进行和解, 必须有当事人的特别授权

考点五 第三人

重点法条

★★第五十六条 对当事人双方的诉讼标的, 第三人认为有独立请求权的, 有权提起诉讼。

对当事人双方的诉讼标的, 第三人虽然没有独立请求权, 但案件处理结果同他有法律上的利害关系的, 可以申请参加诉讼, 或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人, 有当事人的诉讼权利义务。

【关联法条】

《民诉意见》

★65. 依照民事诉讼法第五十六条的规定, 有独立请求权的第三人有权向人民法院提出诉讼请求和事实、理由, 成为当事人; 无独立请求权的第三人, 可以申请或者由人民法院通知参加诉讼。

★66. 在诉讼中, 无独立请求权的第三人有当事人的诉讼权利义务, 判决承担民事责任的无独立请求权的第三人有权提出上诉。但该第三人在一审中无权对案件的管辖权提出异议, 无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。

考点解析

民事诉讼中的第三人, 是指对他人之间争议的诉讼标的有独立的请求权, 或者虽然没有独立请求权, 但同案件处理结果有法律上的利害关系, 而参加到他人之间已经开始的诉

① AB. 共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的, 其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认, 对其他共同诉讼人发生法律效力; 对诉讼标的没有共同权利义务的, 其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。故 A 项的说法是正确的。当事人一方人数众多的共同诉讼, 可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力, 但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求, 进行和解, 必须经被代表的当事人同意。由此 B 项的说法正确。在诉讼中, 无独立请求权的第三人有当事人的诉讼权利义务, 判决承担民事责任的无独立请求权的第三人有权提出上诉。但该第三人在一审中无权对案件的管辖权提出异议, 无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。由此, C 项的说法错误。无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定诉讼代理人可以按照自己的意志代理被代理人实施所有诉讼行为, 因此不需要当事人的特别授权, 故 D 项的说法错误。





讼中进行诉讼的人。第三人属于当事人的范围，在诉讼中具有独立的地位。第三人之诉属于诉的主体和客体的合并之诉。

法律设立第三人制度的目的在于维护利害关系人的合法权益，让对与已经开始的诉讼有利害关系或者认为有独立请求权的人参加到诉讼中，审理本诉当事人与案外人之间的纠纷，彻底解决彼此有联系的纷争；通过诉的合并审理，提高诉讼效率；防止法院作出互相矛盾的裁判。

（一）第三人的特征

“对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。”根据此规定，第三人具有以下特征：

1. 本诉已经开始，尚未结束。本诉必须正在进行，这是第三人之诉在时间上的特征。

第三人参加诉讼原则上应在一审中提出，如果在二审中参加，那么二审法院应先行调解，如果调解不成，应撤销原判，发回重审。

2. 第三人参加诉讼的根据主要有两种情形，一是对本诉中原、被告争议的诉讼标的认为有独立的请求权；二是对本诉中原、被告争议的诉讼标的有法律上的利害关系。

3. 以自己的名义参加诉讼。第三人参加诉讼的目的在于直接维护自己的权益，不是维护原告的权益，也不是维护被告的权益，这是第三人区别于诉讼代理人的地方。

根据对他人之间的诉讼标的是否有独立的请求权为标准，第三人可以分为有独立请求权第三人和无独立请求权第三人两种。

（二）有独立请求权第三人

有独立请求权的第三人，是指对他人之间争议的诉讼标的，认为有独立的请求权，参加到原、被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。

1. 有独立请求权第三人的特征

有独立请求权的第三人参加诉讼，具有以下特征：

（1）对本诉原、被告争议的诉讼标的，认为有独立的请求权。这是有独立请求权第三人参加诉讼的根据。所谓“有独立的请求权”，是指第三人认为案件中原告和被告之间争议的诉讼标的，其合法权益全部或者部分属于自己。

第三人在诉讼中主张“独立的请求权”，又包括两种情形：

① 主张全部的独立请求权。第三人对于本诉的诉讼标的主张全部的实体权利，认为不管是本诉中的原告，还是本诉中的被告，对于争议的诉讼标的都没有合法的权益。例如，A与B两人因为一栋房屋发生争议，A说这栋房屋属于他的，B则主张该房屋属于自己所有，这时案外人C提出，该房屋既不属于A，也不属于B，而属于本人所有。C所提出的主张，就是全部的独立请求权。

② 主张部分的独立请求权。即第三人对于本诉中原、被告争议的诉讼标的主张部分的实体权利，认为原告或者被告的行为侵犯了自身的部分权利。

（2）本诉在进行。这是时间上的要求，第三人参加诉讼必须本诉已经开始，尚未结束。

（3）以本诉的原告、被告作为被告提起诉讼而参加诉讼。有独立请求权第三人应当以



起诉方式参加诉讼，有独立请求权第三人提起的诉讼必须符合《民事诉讼法》关于起诉和受理条件的规定。由于有独立请求权第三人与正在进行诉讼的原、被告双方对立，既不同意原告的主张，也不同意被告的主张，他认为无论原告胜诉还是被告胜诉，都是对自己合法权益的侵犯。所以，有独立请求权第三人有权以本诉的原告、被告作为被告提起诉讼而参加诉讼，请求人民法院保护自己的合法权益。

有独立请求权第三人与必要共同诉讼人不同，二者之间在对争议的诉讼标的的态度上、诉讼地位上，以及参加诉讼的方式上存在区别。

2. 有独立请求权第三人的诉讼地位

有独立请求权的第三人在诉讼中处于相当于原告的诉讼地位。有独立请求权第三人是以起诉的方式参加诉讼，在起诉时要履行与原告相同的手续，在诉讼中处于原告的诉讼地位，享有原告所享有的诉讼权利，承担原告所应承担的诉讼义务，当然，他与居于被告地位的本诉中的原告与被告并不属于共同诉讼人，因为他们对诉讼标的具有对立的而不是共同的利害关系。

《民诉意见》第65条也规定，“依照民事诉讼法第五十六条的规定，有独立请求权的第三人有权向人民法院提出诉讼请求和事实、理由，成为当事人”，既然是当事人，就享有和承担当事人在诉讼中的一切权利和义务。

3. 有独立请求权第三人的撤诉问题

有独立请求权的第三人在参加诉讼之后，可以撤诉：①有独立请求权第三人撤诉的，不影响本诉的进行；②如果本诉中原告撤诉的，那么有独立请求权第三人作为另案中的原告，原案中的原告和被告作为另案被告，诉讼另行进行。

（三）无独立请求权第三人

无独立请求权的第三人，是指对原告、被告双方争议的诉讼标的没有独立的请求权，但案件的处理结果可能与其有法律上的利害关系，为维护自己的利益而参加到原告、被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。

1. 无独立请求权第三人的特征

无独立请求权的第三人参加诉讼，具有以下特征：

（1）与案件处理结果有法律上的利害关系。这是无独立请求权第三人参加诉讼的根据，也是区别于有独立请求权第三人最主要的地方。这里所说的“法律上的利害关系”是指当事人双方之间争议的诉讼标的涉及的法律关系，与无独立请求权第三人参加的另一法律关系有牵连，而在后一个法律关系中，无独立请求权第三人是否行使权利、履行义务，对前一个法律关系中当事人行使权利、履行义务有着直接的影响。例如，甲从乙商店买了一台电器，最后由于这台电器质量不合格而造成甲的损失，甲将乙起诉至法院，而乙声称，此台电器的质量问题主要是由于生产商丙提供的主要零部件不合格所造成的。在此案中，如果法院判决乙败诉，认定电器质量有问题，那么作为这台电器主要部件提供商的丙也应承担相应的责任；如果法院判决乙胜诉，认定此台电器质量没有问题，那么生产商丙也不需要承担责任，因此，甲乙之间的诉讼直接涉及丙的利益，这时就说丙与甲、乙之间的诉讼之间存在法律上的利害关系。

（2）申请参加诉讼或由法院通知其参加诉讼。无独立请求权的第三人参加诉讼的方式有两种：一是由第三人主动申请参加；另一种是法院通知第三人参加。对当事人双方的诉讼标的，无独立请求权第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害

关系的，这时他“可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼”。如果无正当理由由拒不到庭的，那么法院可以缺席判决。

(3) 参加到一方当事人进行诉讼。无独立请求权第三人与本诉的处理结果有着法律上的利害关系，他在诉讼中总是参加到当事人一方进行，支持一方的主张，而反对另一方的主张。

由上面的特征可以看出，无独立请求权的第三人和有独立请求权的第三人之间的区别如下表所示。

区 别	有独立请求权第三人	无独立请求权第三人
参加诉讼根据不同	对他人之间的诉讼标的主张独立的请求权	与他人之间案件的处理结果有法律上利害关系
参加诉讼方式不同	提起诉讼的方式参加	申请参加或法院通知其参加
诉讼地位不同	处于原告的地位，享有原告的诉讼权利	处于辅助人的地位，诉讼权利受到很大限制：无独立请求权的第三人有当事人的诉讼权利义务，判决承担民事责任的无独立请求权的第三人有权提出上诉。但该第三人在一审中无权对案件的管辖权提出异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。
是否会承担民事责任不同	处于原告的地位，对本诉原、被告的观点都不赞同，即使败诉，一般只是诉讼请求被驳回，不会被判决承担民事责任	参加被告一方进行诉讼，并且在被告败诉的情况下负有返还或赔偿的义务，因而可能被法院判决承担民事责任

2. 无独立请求权第三人的诉讼地位

无独立请求权第三人的诉讼地位比较复杂。无独立请求权的第三人参加诉讼，是为了维护自己的合法权益，是为了避免被参加一方当事人败诉而影响自身的权益，他并未向法院提出任何诉讼请求，所以不具有与当事人完全相同的诉讼地位。

“人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。”而这一规定是存在问题的，因为是否判决第三人承担民事责任，要到审理终结前才能确定，而第三人的诉讼地位，则是在他参与诉讼时就应解决的问题。《民事诉讼法》的这一规定存在先入为主，本末倒置的弊端。

鉴于此，《民诉意见》第 66 条补充规定：“在诉讼中，无独立请求权的第三人有当事人的诉讼权利义务，判决承担民事责任的无独立请求权的第三人有权提出上诉。但该第三人在一审中无权对案件的管辖权提出异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。”也就是说，人民法院判决承担民事责任的无独立请求权第三人是当事人，但在一审诉讼中对于一些重大诉讼权利不能行使。

3. 无独立请求权第三人制度的适用

(1) 《最高人民法院关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定（试行）》第 2 条的规定，当发包方所属的半数以上村民，以签订承包合同时违反土地管理法和村民委员会组织法等法律规定的民主议定原则，或其所签的内容违背多数村民意志，损害集体和村民利益为由，以发包方为被告，请求确认承包合同的效力提起诉讼时，人民法院受理后应当通知承包方作为第三人参加诉讼。

(2) 为防止一些法院在审判实务中不适当地扩大无独立请求权的第三人的范围，为防

止与案件处理结果本无利害关系的人被强行拉入诉讼,《最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第9条至第11条对无独立请求权的第三人的范围作了限定,明确规定:

① 受诉人民法院对与原被告双方争议的诉讼标的无直接牵连和不负有返还或者赔偿等义务的人,以及与被告约定仲裁或有约定管辖的案外人,或者专属管辖案件的一方当事人,均不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼。

② 人民法院在审理产品质量纠纷案件中,对原被告之间法律关系以外的人,证据已证明其已经提供了合同约定或者符合法律规定的产品的,或者案件中的当事人未在规定的质量异议期内提出异议的,或者作为收货方已经认可该产品质量的,不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼。

③ 人民法院对已经履行了义务,或者依法取得了一方当事人的财产,并支付了相应代价的原被告之间法律关系以外的人,不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼。

真题演练

1. (2009-3-39)① 甲与乙对一古董所有权发生争议诉至法院。诉讼过程中,丙声称古董属自己所有,主张对古董的所有权。下列哪一说法是正确的?

- A. 如丙没有起诉,法院可以依职权主动追加其作为有独立请求权第三人
- B. 如丙起诉后认为受案法院无管辖权,可以提出管辖权异议
- C. 如丙起诉后经法院传票传唤,无正当理由拒不到庭,应当视为撤诉
- D. 如丙起诉后,甲与乙达成协议经法院同意而撤诉,应当驳回丙的起诉

2. (四川 2008-3-42)② 甲有两个儿子乙和丙,甲死之后遗有房屋6间。乙乘丙外出之机,将房屋全部卖给丁,后因支付价款发生纠纷,乙将丁诉至法院。在诉讼过程中,丙知道了这一情况,要求参加诉讼。丙在诉讼中的地位是什么?

- A. 必要的共同原告
- B. 普通的共同原告
- C. 有独立请求权的第三人
- D. 无独立请求权的第三人

3. (2007-3-37)③ 甲有两子乙和丙,甲死亡后留有住房3间。乙乘丙长期外出之机,将3间房屋卖给丁,后因支付房款发生纠纷,乙将丁诉至法院。在诉讼过程中,丙知道了这一情况,要求参加诉讼。关于丙在诉讼中的地位,下列哪一选项是正确的?

- A. 必要的共同原告
- B. 普通的共同原告
- C. 有独立请求权的第三人
- D. 无独立请求权的第三人

4. (2003-3-93~97) 乙是A市的建材经销商,因资金周转困难,便从A市甲处借了50万元人民币,购买了一批建材,并销售给了B市的丙,约定价款为60万元人民币,

① C。

② C。乙和丙同为所继承房屋的共同共有人,乙擅自处分共有房屋,侵犯了丙对房屋的所有权,所以丙在乙、丁的房屋买卖纠纷的诉讼中享有独立的请求权,故丙属于有独立请求权的第三人。本题正确答案是C。

③ C。本题中的丙与原告乙之间并未形成与对方当事人丁的同一诉讼标的,更未形成同一种类的诉讼标的,因此,A、B选项应该排除。根据《民事诉讼法》第56条,对当事人双方的诉讼标的,第三人认为有独立请求权的,有权提起诉讼。所谓的独立请求,就是不同于原告或被告诉讼主张的请求,本题中的丙就属于这种情形,他的请求与原告乙和被告丁都无共同之处,因此,属于有独立请求权第三人,而非无独立请求权第三人。本题应选选项是C。



但丙未付款。乙与丙约定的合同履行地在 A 市。后来，甲要求乙还钱，乙说因为丙没有支付货款，所以无力偿还。鉴于此，甲欲直接起诉丙，要求其支付 50 万元。请回答以下 93 ~ 97 题。

93. ① 如果甲对丙提起诉讼，法院在下列何种情形下不应当受理？

- A. 甲对乙的债权未到期
- B. 甲向 A 市的法院起诉
- C. 乙不愿意通过诉讼或仲裁的方式主张对丙的到期债权
- D. 甲以乙的名义起诉

94. ② 假设法院受理甲对丙提起的诉讼，下列关于乙的诉讼地位的何种表述是错误的？

- A. 乙在诉讼中是有独立请求权的第三人
- B. 乙在诉讼中是无独立请求权的第三人
- C. 如果参加诉讼，就处于共同原告的地位
- D. 乙在诉讼中处于共同被告的地位

95. ③ 在代位权诉讼中，关于债权人、债务人、次债务人三方的关系，下列何种说法是正确的？

- A. 次债务人对债务人的抗辩可以向债权人主张
- B. 债务人对债权人的债权提出异议，经审查成立的，人民法院应当裁定驳回债权人的起诉
- C. 债权人胜诉的，诉讼费用由次债务人负担
- D. 债权人请求人民法院对次债务人的财产采取保全措施的，应当提供相应的财产担保

96. ④ 如果甲在向丙提起诉讼前，已经向乙提起了要求返还借款的诉讼，在甲对乙提起的诉讼裁决发生法律效力以前，法院对甲与丙之间的诉讼应当如何处理？

- A. 延期审理
- B. 中止该诉讼
- C. 终结该诉讼
- D. 继续诉讼，作出判决

97. ⑤ 法院如果判决丙支付货款，那么以下何种做法是正确的？

- A. 判决丙直接将货款 60 万元交付给甲，甲扣除 50 万元及利息后，将余下的钱支付给乙
- B. 判决丙直接将货款 60 万元交付给乙，乙将 50 万元并加上利息支付给甲
- C. 判决丙直接将 50 万元及利息支付给甲，并将剩下的 10 万元货款支付给乙
- D. 判决丙将 50 万元及利息支付给甲

-
- ① ABD。
 - ② ACD。
 - ③ ABCD。
 - ④ B。
 - ⑤ D。



第五讲 诉讼代理人

【本讲概要】 本讲应当了解诉讼代理人的概念与诉讼代理人的种类。理解诉讼代理人的诉讼代理权的取得、诉讼代理权的权限范围、诉讼代理权消灭的情况。熟悉诉讼代理人与当事人之间的关系。

考点一 诉讼代理人概述

重点法条

★第五十八条 当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。

律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民，都可以被委托为诉讼代理人。

考点解析

1. 民事诉讼代理的概念

民事诉讼代理，是指在法律规定、法院指定或者当事人授权的范围内，诉讼代理人以当事人的名义代理当事人进行民事诉讼行为，并维护当事人的利益。

民事诉讼一般由当事人亲自进行，但在当事人不能或难以亲自进行诉讼时，就需要有人代替或帮助其诉讼。根据法律规定、法院指定或者当事人的委托授权为一定诉讼行为的权限，为诉讼代理权。

2. 民事诉讼代理的特征

民事诉讼代理制度具有如下特征：

- (1) 诉讼代理人必须具有诉讼行为能力和一定的诉讼基本知识。
- (2) 诉讼代理人必须以被代理人的名义进行诉讼，并为维护被代理人的利益为诉讼行为。
- (3) 诉讼代理人只能代理当事人一方进行诉讼活动，不能同时代理当事人双方。
- (4) 诉讼代理人必须在代理权限范围内进行诉讼活动。
- (5) 诉讼代理人进行诉讼活动的后果由被代理人承担。

民事诉讼代理制度具有重大意义，有助于增强无民事行为能力人和限制民事行为能力人的诉讼能力，保护诉讼当事人的合法权益，保证民事诉讼的正常进行。

1. (2007-3-86)^① 关于民事诉讼中的法定代理人，下列哪些选项是正确的？
 - A. 法定代理人的被代理人都是无诉讼行为能力或限制行为能力的人
 - B. 法定代理人与诉讼当事人在诉讼上具有相同的诉讼地位
 - C. 法定代理人在诉讼中所实施的行为和发生的诉讼事件的法律后果与当事人所实施的行为和发生的诉讼事件的法律后果相同
 - D. 法定代理人与当事人都属于诉讼参加人的范畴
2. (2004-3-73)^② 下列关于民事诉讼中的法定代理人与委托代理人的表述，哪些是正确的？
 - A. 委托代理人的诉讼权利不可能多于法定代理人
 - B. 法定代理人可以是委托代理人的委托人
 - C. 法定代理人的被代理人是无诉讼行为能力的当事人
 - D. 委托代理人的被代理人是有诉讼行为能力的当事人

考点二 法定诉讼代理人

重点法条

★第五十七条 无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

【关联法条】

《民诉意见》

★67. 在诉讼中，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定，协商不成的，由人民法院在他们之间指定诉讼中的法定代理人。当事人没有民法通则第十六条第一、二款或者第十七条第一款规定的监护人的，可以指定该法第十六条第四款或者第十七条第三款规定的有关组织担任诉讼期间的法定代理人。

★179. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人，可以代理当事人提起上诉。

① AD. 无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。无诉讼行为能力人就是无民事行为能力人和限制民事行为能力人，因此，A 选项表述正确。法定代理人与其被代理人具有相同的诉讼权利，但是，不能说法定代理人与诉讼当事人在诉讼上具有相同的诉讼地位，因为，法定代理人不能以自己的名义进行民事诉讼，所以，B 选项表述错误。法定代理人实施的诉讼行为与当事人实施的诉讼行为的法律后果是相同的，但是就法定代理人发生的法律事件和就当事人发生的法律事件的法律后果不同，最明显的是，在离婚案件中，当事人死亡会导致诉讼终结，而法定代理人死亡却无此法律后果。因此，C 选项错误。根据我国《民事诉讼法》第五章，诉讼参加人就包括当事人和诉讼代理人两部分，法定代理人也属于诉讼代理人，因此，D 选项表述正确。

② ABC. 法定代理人是为了弥补当事人诉讼行为能力上的不足而存在的，因此其诉讼权利相当于当事人的诉讼权利；而委托代理人的诉讼权利来自于当事人的授权，因此不可能大于当事人的权利，也就不可能多于法定代理人。因此 A 项正确。法定代理人可以委托诉讼代理人，但需以无诉讼行为能力人名义委托，因此 B 项正确，D 项错误。只有无诉讼行为能力人才存在法定代理人，因此 C 项正确。



民事诉讼代理根据其代理权产生的原因不同，可以分为法定诉讼代理、指定诉讼代理和委托诉讼代理三种。其中，法定诉讼代理是指根据法律规定为无诉讼行为能力的当事人进行民事诉讼而产生的代理。根据法律规定行使诉讼代理权的人，称为法定诉讼代理人。

民事诉讼中的法定代理，主要是为保护无诉讼行为能力的当事人而设立的一种代理制度，例如未成年人和精神病人，由于无法辨别自己行为的诉讼后果，不能亲自参加诉讼，为了保护其合法权益，就应由其法定代理人代为进行诉讼。

1. 法定诉讼代理人的范围

法定诉讼代理人的范围一般与监护人的范围是一致的。因为法定代理是以民事实体法律，如民法、婚姻法的有关规定为依据的，法定代理权是以民事实体法确定的亲权、监护权为基础的，法定代理权产生的原因，并不以法定代理人或被代理人的意志为转移，而是基于法律的规定。

“无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。”监护人既可是公民也可是一定的社会组织。《民诉意见》第67条规定：“在诉讼中，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定，协商不成的，由人民法院在他们之间指定诉讼中的法定代理人。当事人没有《民法通则》第十六条第1款和第2款或者第十七条第一款规定的监护人的，可以指定该法第十六条第四款或者第十七条第三款规定的有关组织担任诉讼期间的法定代理人。”

2. 法定诉讼代理人的权限

法定诉讼代理人处于相当于当事人的诉讼地位。

一方面，法定诉讼代理是以亲权或监护权为基础，法定代理人的代理权限非常广泛，凡是被代理人享有的诉讼权利，他都有权代为行使，凡是被代理人负有的诉讼义务，他都应当代为履行，法定代理人所为的一切诉讼行为，与当事人的诉讼行为具有同等的效力。法定代理人既可以处分诉讼权利，也可以处分实体权利，如放弃、承认诉讼请求，进行和解，达成调解协议等。同样，人民法院或对方当事人所为的诉讼行为，也应向其法定代理人进行。

另一方面，法定诉讼代理人又不是当事人，他与当事人还有一定的区别。例如，法定诉讼代理人必须以当事人的名义进行诉讼，所为行为的一切后果都由被代理人承受；法定诉讼代理人在诉讼过程中死亡或丧失行为能力，人民法院要中止诉讼，另行指定监护人代理，而不必终结诉讼；人民法院确定管辖时是以被代理的当事人住所地为准，并不以法定诉讼代理人的住所地为转移；人民法院的裁判文书为当事人制作，而不是为法定诉讼代理人制作；等等。

3. 法定诉讼代理权的取得与消灭

法定诉讼代理人的诉讼代理权来源于监护人的身份，是监护权的内容之一。因此，法定诉讼代理权的取得和消灭依赖于监护权的取得与消灭。

(1) 法定诉讼代理权的取得与监护权同步，而监护权的取得大致有三种情况：①因某种关系的存在；②基于自愿而发生的某种扶养义务；③基于人道主义而产生的社会保障措施。一旦监护人与他人发生纠纷进入诉讼，监护人即依法取得代理诉讼权。

法定诉讼代理权的有无直接关系到代理人诉讼行为的效力，因此人民法院在进入实体



审理前就需要对代理人调查核实，当发生疑问时，人民法院还要求代理人进行证明。法定诉讼代理人的身份可以用户口簿，居（村）民委员会的指定文书或证明，以及人民法院的裁决来证明。

（2）法定诉讼代理人的代理权因监护权的消灭而消灭。在诉讼持续期间，法定诉讼代理人的监护权的丧失必然导致法定诉讼代理权的消灭。根据《民法通则》的有关规定，引起监护权消灭的情形包括：①被监护人取得或恢复民事行为能力，如被监护年龄达到18周岁或精神病痊愈；②监护人丧失民事行为能力，如监护人突患精神病；③监护人或被监护人死亡；④因离婚或解除收养关系，监护人失去监护权。

代理诉讼的监护人在诉讼进行过程中如失去了监护权，应及时把这一情况告知人民法院，并退出诉讼，但在被监护人死亡的情况下，如法定诉讼代理人不知其死亡继续实施诉讼行为，则应当认为诉讼行为依然有效，如果为了被监护人的继承人的利益需要继续进行诉讼的，也应当允许原来的法定诉讼代理人继续进行诉讼。

3. 指定诉讼代理

人民法院为无行为能力的人，指定诉讼上的代理人代为诉讼，称为指定诉讼代理。指定诉讼代理是在无诉讼行为能力人没有法定代理人，或者虽有法定代理人但不能行使代理权时，为保护无诉讼行为能力人的合法权益而设立的一种代理制度，是法定代理制度的补充。

指定代理权基于人民法院的指定而产生，例如，监护人之间可能互相推诿，当发生推诿时，人民法院就有指定的必要；按照《民诉意见》第67条规定，当事人如果没有《民法通则》第16条第1款、第2款或第17条第1款规定的监护人的，人民法院可以依照《民法通则》的规定指定有监护职责的组织担任诉讼期间的法定代理人。指定代理人的诉讼地位与法定代理人相似。

指定代理权在下列情况下消灭：被代理的当事人在诉讼进行中有了诉讼行为能力或者有了法定代理人，指定代理人死亡或者丧失行为能力，人民法院撤销指定或指定代理人经法院允许而辞去代理，以及诉讼终结的。

真题演练

1. （2007-3-97~100）2005年6月5日，1988年7月21日出生的高中一年级学生小龙，因寰宇公司的公交车司机张某紧急刹车而受伤，花去若干医疗费。2006年2月小龙伤愈继续上学，写了授权委托书给其父李某，让他代理其提起诉讼。李某以正当的诉讼参加人的身份于2006年3月对寰宇公司及其司机张某提起了诉讼，要求寰宇公司和张某承担违约责任。在诉讼进行中，李某将要求被告承担违约责任改为被告承担侵权责任，要求赔偿医疗费、护理费、误工费等各项费用共2.8万元。本案被告在答辩中认为，司机紧急刹车是因为行人陈某违章过路引起，责任应当由陈某承担，因此要求追加陈某作为无独立请求权的第三人参加诉讼。请回答以下97~100题。

97. ① 本案参加诉讼的人在诉讼中的正确地位是：

A. 小龙是原告，李某是原告的委托代理人，寰宇公司和张某是被告

① D. 无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼，因此，小龙的父亲李某是其法定代理人而非委托代理人，首先排除AB选项；根据《民诉意见》第42条规定，张某是寰宇公司的公交车司机，在本案中，其驾车行为属于职务行为，因此，被告是寰宇公司而非张某，因此，C选项错误，D选项正确。



- B. 小龙是原告，李某是原告的委托代理人，寰宇公司是被告
C. 小龙是原告，李某是原告的法定代理人，寰宇公司和张某是被告
D. 小龙是原告，李某是原告的法定代理人，寰宇公司是被告

98. ① 法院就追加行人陈某作为无独立请求权的第三人参加诉讼，正确的做法是：

- A. 法院可以依职权追加
B. 只要被告提出申请，法院就应当追加
C. 要有被告的申请，法院才可以追加
D. 法院可以根据当事人的申请而追加

99. ② 依照有关法律的规定，李某将被告承担违约责任变更为承担侵权责任应在：

- A. 在一审程序判决作出前
B. 在一审程序的举证期限届满前
C. 在被告提交答辩状期间内
D. 在一审的法庭辩论终结前

100. ③ 2006 年 7 月 20 日，法院判决被告赔偿原告医疗费等 1.8 万元，陈某无过错不承担责任。2006 年 7 月 25 日，李某以诉讼代理人的身份，以一审被告为被上诉人提起上诉；被告以陈某为被上诉人提起上诉；陈某以一审被告为被上诉人提起上诉。依据法律和司法解释，下列选项正确的是：

- A. 李某、一审被告、陈某的上诉都是合法的
B. 一审被告的上诉不合法，因一审判决没有涉及陈某的责任，陈某不可以作为被上诉人
C. 李某的上诉是不合法的
D. 陈某的上诉不合法，因一审判决没有涉及陈某的责任，陈某不可以作为上诉人

2. (2004-3-39) ④ 章某作为马某的债权人，对马某的债务人林某提起代位权诉讼。马某作为第三人对章某的债权提出异议。经法院审查，异议成立。人民法院应当如何处理？

- A. 裁定驳回章某起诉
B. 判决驳回章某起诉
C. 裁定对章某起诉不予受理
D. 继续审理，作出判决

考点三 委托诉讼代理人

重点法条

★★第五十九条 委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的

① AD。无独立请求权第三人参加诉讼的方式，一种是自己申请参加，另一种是法院通知参加。法院通知参加可能是基于法院职权通知无独立请求权第三人参加，也可以是应当事人的申请而通知无独立请求权第三人参加，因此，本题正确选项是 AD。

② B。根据《民事证据规定》第 34 条，当事人增加、变更诉讼请求，应当在举证期限届满前提出。

③ CD。本案中无独立请求权第三人陈某并未被判决承担民事责任，因此，陈某不能提起上诉。但是，陈某未被判决承担民事责任并不妨碍其成为被上诉人，恰恰因为其未被判决承担民事责任，要求追加其作为无独立请求权第三人的当事人才有上诉的必要。另外，只有一审诉讼程序中的当事人才可以上诉，李某以诉讼代理人的身份上诉是不合法的。因此，AB 选项错误，CD 选项表述正确。

④ A。本题有明确的法条依据。《合同法解释（一）》第 18 条规定：在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。债务人在代位权诉讼中对债权人的债权提出异议，经审查异议成立的，人民法院应当裁定驳回债权人的起诉。



授权委托书。

授权委托书必须记明委托事项和权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉，必须有委托人的特别授权。

侨居在外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明；没有使领馆的，由与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆证明，或者由当地的爱国华侨团体证明。

★第六十条 诉讼代理人的权限如果变更或者解除，当事人应当书面告知人民法院，并由人民法院通知对方当事人。

第六十一条 代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据，可以查阅本案有关材料。查阅本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。

★第六十二条 离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。

【关联法条】

《民诉意见》

★38. 除律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者当事人所在单位推荐的人之外，当事人还可以委托其他公民为诉讼代理人。但无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者可能损害被代理人利益的人以及人民法院认为不宜作诉讼代理人的人，不能作为诉讼代理人。

★★★69. 当事人向人民法院提交的授权委托书，应在开庭审理前送交人民法院。授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。

考点解析

委托诉讼代理，是指基于当事人或法定代理人的委托而形成的代理。基于委托，以当事人的名义代为诉讼行为的人，称为委托诉讼代理人。

委托诉讼代理不同于法定诉讼代理和指定诉讼代理，委托代理权的产生，既不是法律规定，也不是由于人民法院的指定，而是源于当事人或法定代理人的委托。“当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。”委托代理的权限和事项由委托人自行决定。

1. 委托诉讼代理人的范围

对于委托诉讼代理人的范围，也就是哪些人可以被委托为诉讼代理人的情形，律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民，都可以被委托为诉讼代理人。由此，委托代理人的范围包含上述这四大类。

但是，《民诉意见》第68条规定：“除律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者当事人所在单位推荐的人之外，当事人还可以委托其他公民为诉讼代理人。但无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者可能损害被代理人利益的人以及人民法院认为不宜作诉讼代理人的人，不能作为诉讼代理人。”从而界定了不能担当诉讼代理人的范围。

2. 委托诉讼代理人的代理权的产生

委托诉讼代理权的产生是基于当事人、法定代理人的授权委托行为，委托诉讼代理是基于当事人、法定诉讼代理人的意思表示而形成的，如果没有当事人、法定代理人的授权





委托，那么相关主体就不可以参加诉讼。当事人、法定代理人的授权委托书必须以书面方式进行，“委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书”。

授权委托书是授予代理权的凭证，为保证授权委托书的真实可信度，委托人必须在授权委托书中亲自签名或盖章。对于来自国外的授权委托书的真实性，《民事诉讼法》还特别规定侨居国外的我国公民从外国寄交或托交的授权委托书，须经我国驻该国的使领馆证明；没有使领馆的，由与我国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由我国驻该第三国使领馆证明，或者由当地的爱国华侨团体证明。

3. 委托诉讼代理人的权限

委托诉讼代理人代理权限的大小，取决于被代理人的授予，委托诉讼代理人只能在被代理人的授权范围内进行诉讼活动。

根据委托诉讼代理人权限的大小，可以将其分为一般委托代理和特别授权代理两类，前者是指委托诉讼代理人只能代为当事人进行民事诉讼活动，处分一些纯程序性质的或者与实体权利关系不那么密切的诉讼权利；后者是指委托诉讼代理人除有权处分诉讼权利外，还有权处分实体权利，例如，有权代为承认、变更、放弃诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉等。其中，对于第二类委托诉讼代理，又可称为“全权代理”，必须经过当事人的特别授权。

当事人对于委托诉讼代理人授权的范围，必须表达清楚明确，不能模糊。“授权委托书必须记明委托事项和权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉，必须有委托人的特别授权。”《民诉意见》第69条规定：当事人向人民法院提交的授权委托书，应在开庭审理前送交人民法院。授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。即视为一般诉讼代理。

另外，如果当事人在授权委托书中没有写明代理人在执行程序中有代理权及具体的代理事项，代理人的代理权仅限于第一审或第二审程序，而在执行程序中无代理权，不能由代理当事人直接领取或者处分标的物。

4. 委托诉讼代理人的诉讼地位

委托诉讼代理人的诉讼地位，取决于当事人对其授权的大小。在一般委托诉讼代理关系中，诉讼代理人仅有权进行一些程序性活动，不能处分实体权利，只是处于一般诉讼参加人的角色，而不属于当事人的范围；而在特别授权的委托诉讼代理关系中，由于代理人的行为得到了当事人的授权，能够处分诉讼权利和实体权利，特别授权的委托诉讼代理人处于相当于当事人的诉讼地位，当然他并不是当事人。

不论委托诉讼代理人的代理权限如何，在当事人、法定代理人参加诉讼的场合，都存在着诉讼代理人与委托人之间的关系问题。一般情况下，当事人、法定诉讼代理人享有对诉讼代理人行为的更正权。

另外，当事人委托诉讼代理人后，本人可以出庭参加诉讼，也可以不再出庭。但要注意，《民事诉讼法》对离婚诉讼的代理问题作了特别规定：“离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭。确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。”

5. 委托诉讼代理权的变更与消灭

在诉讼期间，当事人或其法定代理人可以变更委托诉讼代理权。但当事人在作出变更或

解除代理权的决定后,必须用书面形式告知人民法院,并由人民法院通知对方当事人。诉讼代理人在代理权变更或解除前实施的诉讼行为,其效力不受代理权变更或解除的影响。

委托诉讼代理权因下列原因之一而消灭:①诉讼结束,诉讼代理的任务、事项完成。②代理人死亡或者丧失诉讼行为能力。③代理人辞去委托或被代理人取消委托。辞去委托和取消委托是单方的行为,无须征得对方同意。代理人辞去委托应及时通知被代理人,以便被代理人重新委托代理人或自己参加诉讼。在新代理人或当事人本人接替诉讼之前,对具有紧迫性的诉讼行为,诉讼代理人仍然应当实施。

真题演练

1. (2004-3-37)① 郑某因与某公司发生合同纠纷,委托马律师全权代理诉讼,但未作具体的授权。此种情况下,马律师在诉讼中有权实施下列哪一行为?

- A. 提出管辖权异议
- B. 提起反诉
- C. 提起上诉
- D. 部分变更诉讼请求

2. (2004-3-47)② 在民事诉讼中,下列何种人可以作为委托代理人?

- A. 受过刑事处罚的人
- B. 限制行为能力的人
- C. 可能损害被代理人利益的人
- D. 人民法院认为不宜作诉讼代理人的人

3. (2003-3-66)③ 甲公司拖欠乙公司的货款而被乙公司诉至法院,乙公司的委托代理律师王某未经乙公司特别授权,有权实施下列哪些诉讼行为?

- A. 表示同意甲公司延期1个月还款
- B. 要求书记员赵某回避
- C. 陈述案情、出示证据
- D. 提出管辖权异议

4. (2002-3-69)④ 在民事诉讼中,不可以作为委托代理人的人包括哪些?

- A. 受过刑事处罚的人
- B. 限制行为能力的人
- C. 可能损害被代理人利益的人
- D. 人民法院认为不宜做诉讼代理人的人

① A。授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的,诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求,进行和解,提起反诉或者上诉。而A项并不需要特别授权。

② A。除律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者当事人所在单位推荐的人之外,当事人还可以委托其他公民为诉讼代理人。但无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者可能损害被代理人利益的人以及人民法院认为不宜作诉讼代理人的人,不能作为诉讼代理人。

③ BCD。

④ BCD。



第六讲 民事证据

【本讲概要】 本讲应当了解民事证据的概念与特征、证据保全的概念与适用的条件、证据对象的概念与范围、证明标准的概念和民事诉讼的证明标准。理解民事诉讼法规定的各种证据，理论上对证据进行划分的标准，司法解释对举证时限、证据交换的规定，质证的程序，证明责任的基本内容。熟悉各种证据的特点，证明责任的分配，并能结合实践情况判断某一材料属于何种证据，灵活运用证明责任制度。

考点一 民事证据概述

重点法条

★第六十三条 证据有下列几种：

- (一) 书证；
- (二) 物证；
- (三) 视听资料；
- (四) 证人证言；
- (五) 当事人的陈述；
- (六) 鉴定结论；
- (七) 勘验笔录。

以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

【关联法条】

《民诉意见》

★72. 证据应当在法庭上出示，并经过庭审辩论、质证。依法应当保密的证据，人民法院可视具体情况决定是否在开庭时出示，需要出示的，也不得在公开开庭时出示。

★73. 依照民事诉讼法第六十四条第二款规定，由人民法院负责调查收集的证据包括：

- (1) 当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；
- (2) 人民法院认为需要鉴定、勘验的；
- (3) 当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的；
- (4) 人民法院认为应当由自己收集的其他证据。

考点解析

1. 民事证据的概念

一般意义上讲，民事证据就是指证明民事案件事实的依据。证据有下列几种：①书证；②物证；③视听资料；④证人证言；⑤当事人的陈述；⑥鉴定结论；⑦勘验笔录。以

上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

由此可见，我国立法中关于民事证据的概念主要是从两个层次进行界定的：一是能够证明案件真实情况的一切事实，也就是作为“定案依据”的证据，此类证据必须是真实的，不能是虚假的；二是一般意义上的证据，即证据资料，像物证、书证、证人证言等各个种类的证据，在未经查证属实之前，仅仅是证据资料，它们有可能真实，也可能不真实，需要经过审查判断才能确定。所以，“证据”一词在我国立法中含义并不相同。

2. 民事证据的特征

证据制度是诉讼法中的重要制度，也是诉讼法中的核心问题。证据必须具有证明力和证据能力。证明力是指证据对于待证案件事实是否具有证明作用和作用的程度，证据的证明力反映了证据的关联性，而证据的关联性又以客观性为前提。证据能力又称为证据资格，指证据资料在法律上允许其作为证据的资格，某一材料要作为证据除必须具有证明力外，还必须具有法律上的资格，被法律所容许。作为定案根据的证据，必须具备以下特征：

(1) 客观性。证据必须是一种客观存在的事实，必须是真实，而非想象、估计、猜测、推论和没有根据的道听途说，这是证据的首要属性和最基本的特征。

(2) 关联性。证据必须同案件存在某种联系，并对证明案件事实具有实际意义。同案件事实没有关联的，即使是客观事实，也不能成为证据。当然，证据同案件事实之间的联系形式是多种多样的，相应的，其证明力的大小也不同。

(3) 合法性。证据必须是法定诉讼主体依照法定程序收集和认定的符合法律所规定的表现形式的事实。其内容主要体现为以下几个方面：①证据的收集主体要合法；②证据的收集程序要合法；③证据必须具有合法的形式；④证据必须具有合法的来源；⑤证据必须经过法定程序查证属实。

对于非法获取的证据的效力问题，《民事证据规定》第68条规定：以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。按照此条规定，禁止的非法取证方式有两种：一是以侵害他人合法权益的方式，二是违反法律禁止性规定的方法，如在他人家里安装窃听器等所获取的一切证据，都予以排除。

真题演练

(2008-3-45)^① 关于证人的表述，下列哪一选项是正确的？

- A. 王某是未成年人，因此，王某没有证人资格，不能作为证人
- B. 原告如果要在诉讼中申请证人出庭作证，应当在举证期限届满前提出，并经法院许可
- C. 甲公司的诉讼代理人乙律师是目击案件情况发生的人，对方当事人丙可以向法院申请乙作为证人出庭作证，如法院准许，则乙不得再作为甲公司的诉讼代理人
- D. 李某在法庭上宣读未到庭的证人的书面证言，该书面证言能够代替证人出庭作证

^① C。



重点法条

★第六十八条 书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。

提交外文书证，必须附有中文译本。

★第六十九条 人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

★第七十条 凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。

不能正确表达意志的人，不能作证。

★第七十一条 人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实。

【关联法条】

《民事证据规定》

★第五十六条 《民事诉讼法》第七十条规定的“证人确有困难不能出庭”，是指有下列情形之一的：

- (一) 年迈体弱或者行动不便无法出庭的；
- (二) 特殊岗位确实无法离开的；
- (三) 路途特别遥远，交通不便难以出庭的；
- (四) 因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的；
- (五) 其他无法出庭的特殊情况。

前款情形，经人民法院许可，证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。

★第六十一条 当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的，有关费用由提出申请的当事人负担。

审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。

经人民法院准许，可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有案件中的问题进行对质。

具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。

考点解析

证据的种类，是指法律所规定的证据的各种表现形式。证据分为以下七种：书证；物证；视听资料；证人证言；当事人的陈述；鉴定结论；勘验笔录。

1. 书证

书证是指以文字，符号、图案等表示的内容来证明案件待证事实的书面材料。常见的书证有：合同书、遗嘱文书、票据、来往信函，电文、图纸等。向人民法院提交书证，应



提交原件，提交原件确有困难的，可以提交复印件、照片、副本、节录本等；提交外文书证的，必须附有中文译本。

书证可以分为以下几类：

(1) 根据书证的内容来划分，可以分为处分性书证和报道性书证，前者为设立、变更或消灭某些法律关系或确定某法律事实的书证，如合同、房产证、借据、委托书等；后者是指一般性反映了某种法律事实，但不包括产生了法律后果和要达到的一定目的的书证，如日记、信件等。

(2) 根据有无严格格式来划分，可分为特别书证和一般书证，前者系指依照法律规定，必须经过严格的手续、采取特定形式的书证，例如公证机关公证收养关系成立的文书等；后者是指那些没有做严格格式规定，不需要经过某种特定手续和程序的书证，如一般性的收据、私人通信、通知、通报等。

(3) 根据制作书证的主体来划分，可以分为公书证和私书证。所谓公书证，是指国家机关、社会团体、企业事业单位所作的书证，如公证机关制作的公证书，婚姻登记机关办理的结婚证、离婚证等；所谓私书证，是指公民个人制作的书证。一般说来，国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证。

(4) 按照书证的制作方式不同，可以将书证分为原本、正本、副本、复印件和节录本。原本或原件是指文件制作人最初制成的文件；照原本全文抄录、印制并对外具有与原本同一的法律效力的文件，称为正本；照原本全文抄录、印刷而具有正本效力的文件，称为副本；复印件是指用复印机复印的资料；节录本是指仅摘抄原本或正本文件部分内容的文件。

书证的收集与物证基本相同。向人民法院提交书证，应提交原件，提交原件确有困难的，可以提交复印件、照片、副本、节录本等；提交外文书证的，必须附有中文译本。公安、司法机关收集、调取的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时，才可以是副本或者复制件。书证的副本、复制件，只有经与原件核实无误或者经鉴定证明是真实的，才具有与原件同等的证明力。按照《民事证据规定》：对书证、物证、视听资料进行质证时，当事人有权要求出示证据的原件或者原物。但下列情形除外：①出示原件或原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的；②原件或者原物已不存在，但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。

2. 物证

物证是指以其存在的外形、特征、质量、性能等证明案件待证事实的物品。常见的物证有：赔偿案件中所涉及的被损坏物，产品质量纠纷案件中发生质量争议的产品等。向人民法院提交物证，应提交原件，提交原件确有困难的，可以提交复制品或照片。

物证原则上应当提交原件或原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当返还被害人时，提交原物有困难的，才可以拍摄足以反映原物外形或者内容的照片、录像。物证的照片、录像，只有经与原物核实无误或者经鉴定证明真实的，才具有与原物同等的证明力。根据《民事证据规定》，当事人如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的，可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。“物证原物或者与物证原物核对无异的复制件、照片、录像资料等，无相反证据的”，可以作为认定案件事实的依据；并且“物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言”。





3. 证人证言

证人证言是指当事人之外了解案件有关情况的人向人民法院就自己知道的案件事实所作的陈述。

证人原则上都应当出庭作证，这是证人的一项法定义务。最高人民法院在《民事证据规定》中，对证人出庭的规定主要有：证人应当出庭作证而无正当理由未作证的，其证言不予采纳。当事人申请证人出庭作证，应当在举证期限届满10日前提出，并经人民法院许可。证人在人民法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的，可视为出庭作证。证人确有困难不能出庭，是指：①年迈体弱或者行动不便无法出庭的；②特殊岗位确实无法离开的；③路途特别遥远，交通不便难以出庭的；④因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的；⑤其他。有前述情形，经人民法院许可，证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。同时，“证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言”。证人因出庭作证而支出的合理费用，由提供证人的一方当事人支付，由败诉一方当事人承担。

4. 当事人陈述

当事人陈述是指当事人就案件事实所作的陈述。当事人陈述包括当事人自己对案件事实的描述和对案件事实的承认两个方面的内容。

当事人陈述具有两面性：①真实性，当事人是案件的经历者，他们对案件情况了解得最全面、真切，如果其如实陈述，则具有真实性的一面；②虚假性，当事人是案件的利害关系人，案件的处理结果关系到他的直接利益，因此其在陈述中对有利自己的地方，可能夸大甚至虚构，对不利的情况，则有可能隐瞒，从而使其陈述可能有虚假的成分。因此，人民法院对当事人陈述应当结合本案其他证据的情况来审查判断。

5. 视听资料

视听资料是指以声音，图像及其他视听信息来证明案件待证事实的录像带、录音带，电脑软件等信息材料。常见的视听资料有：录音带、录像带、电影胶卷、各种电脑软件、光盘等。人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

6. 鉴定结论

鉴定结论，是指鉴定人运用自己的专业知识对当事人或人民法院提出的案件的有关问题所作出的判断结论；人民法院对需要鉴定的问题，应当交由法定的鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。

最高人民法院在《民事证据规定》中对鉴定人问题作了详细的规定：

(1) 鉴定人应当出庭接受当事人质询。鉴定人确因特殊原因无法出庭的，经人民法院准许，可以书面答复当事人的质询。经法庭许可，当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问。

(2) 询问证人、鉴定人、勘验人不得使用威胁、侮辱及不当引导的言语和方式。

(3) 当事人可以向人民法院申请由1名至2名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的，有关费用由提出申请的当事人负担。审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。经人民法院许可，可以由当事人各

自申请的具有专门知识的人员就案件中的有关问题进行对质。具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。

(4) 当事人申请鉴定,应当在举证期限内提出。符合《民事证据规定》第27条规定的情形,当事人申请重新鉴定的除外。

(5) 对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人,在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料,致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的,应当对该事实承担举证不能的法律后果。

(6) 当事人申请鉴定经人民法院同意后,由双方当事人协商确定有鉴定资格的鉴定机构、鉴定人员,协商不成的,由人民法院指定。

(7) 当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定,提出证据证明存在下列情形之一的,人民法院应予准许:①鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的;②鉴定程序严重违法的;③鉴定结论明显依据不足的;④经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。对有缺陷的鉴定结论,可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的,不予重新鉴定。

7. 勘验笔录

勘验笔录是指勘验人员对被勘验的现场或物品所作的记录。勘验人员进行勘验,必须出示人民法院的证件,并邀请当地基层组织或当事人所在单位派人参加。当事人或当事人的成年家属应当到场,拒不到场的,不影响勘验的进行。有关单位和个人根据人民法院的通知,有义务保护现场,协助勘验工作。勘验人应当将勘验结果制作笔录,由勘验人、当事人和被邀请参加人签名或盖章。

真题演练

1. (四川 2008-3-83)^① 关于证据的种类,下列哪些选项是正确的?

A. 患者王某以误诊为由起诉某医院。王某提交的医院病历和 X 光片均属于鉴定结论

B. 李某在某杂志上发表了一篇披露黄某隐私的文章。黄某诉至法院并提交了该杂志,该杂志属于书证

C. 张某认为徐某伪造遗嘱侵犯其继承权,向法院起诉徐某。张某提供了该份遗嘱,该遗嘱属于书证

D. 周某驾车回家途中将行人吴某撞伤,交警冯某当时正处在事故现场,于是按照双方责任开具了事故认定书。吴某诉至法院要求周某赔偿,并提供了事故认定书,该事故认定书属于勘验笔录

^① BC。本题中,A项的“医院病历和 X 光片”是以其记载的内容来证明案件事实,属于书证,故 A 项的说法错误。B 项中“杂志”和 C 中的“遗嘱”是以其记载的内容和反映的思想来证明案件事实,也属于书证,故 B、C 两项说法正确。D 项中的事故认定书不符合勘验笔录的性质,因此不属于勘验笔录,其属于书证,故 D 项说法错误。



2. (四川 2008 - 3 - 89)① 关于证人与鉴定人的区别,下列哪些选项是正确的?

A. 证人只能就其所见所闻如实陈述,不能发表对案件的意见;而鉴定人则要对其所鉴定的事项发表意见

B. 证人无须具备专业知识;而鉴定人要具备一定的专业知识

C. 证人是不可替代的;而鉴定人是可以替代的

D. 证人不属于回避的对象;而鉴定人属于回避的对象

3. (2005 - 3 - 48)② 下列关于证人及证人证言的表述,哪一项是错误的?

A. 凡是了解案件情况的人都有义务出庭作证

B. 当事人申请证人出庭作证应当经人民法院许可

C. 与当事人一方有亲戚关系的人不能作为证人

D. 无诉讼行为能力的人在一定情况下可以作为证人

考点三 民事证据在理论上的分类

重点法条

《民事证据规定》

★★第七十七条 人民法院就数个证据对同一事实的证明力,可以依照下列原则认定:

(一) 国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证;

(二) 物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言;

(三) 原始证据的证明力一般大于传来证据;

(四) 直接证据的证明力一般大于间接证据;

(五) 证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言,其证明力一般小于其他证人证言。

① ABCD。证人和鉴定人的区别如下:(1)在资格条件上,鉴定人有严格的资格要求,必须具备相关的专门知识和技能;而证人的资格要求只是具备辨别是非的能力和正确表达的能力,即使证人有生理缺陷和精神缺陷或者年幼,均可出庭作证。(2)在可否替代上,证人是就其亲身感受的案件事实向法庭作证的人。证人的基本特征就在于证人的不可替代性,这是由案件事实本身决定的,既不能由法院指派或聘任,亦不能随意替换;而鉴定人并非由案件事实所决定,其从事鉴定活动是受法院指派或聘请,因此,鉴定人是可以替换的。(3)在能否回避上,证人不得以与案件处理结果之间的利害关系而申请回避,而鉴定人如果有回避事由,必须执行回避的规定。(4)在询问规则上,对证人的询问应遵循个别和隔离的原则,证人不能了解案情;而鉴定人可以了解案情,对疑难复杂情况,可以由多个鉴定人相互商量形成最终的鉴定结论。(5)在发表的意见上,证人只能就其所知悉的案件事实陈述意见,而不能发表自己根据这些事实得出的结论和意见。但是鉴定人作为专家不受此项意见规则的限制。(6)在出庭义务上,证人出庭作证是一项普遍性的诉讼义务,一般不能拒绝,而鉴定人有正当的理由,可以拒绝接受法庭的指派或聘请,可以不出庭接受质证而只提供书面鉴定意见。

② C。凡是知道案件情况的单位和个人,都有义务出庭作证,因此,选项A的表述正确,不是应选选项。当事人申请证人出庭作证,应当在举证期限届满10日前提出,并经人民法院许可。因此,选项B的表述正确,不是应选选项。待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人,可以作为证人。无诉讼行为能力人就是无民事行为能力人和限制民事行为能力人,因此,选项D的表述是正确的,不是应选选项。



证据按照不同的标准可以作不同的分类，理论界关于证据的分类主要有以下三种：

①本证与反证；②直接证据与间接证据；③原始证据与传来证据。

1. 本证和反证

按照证据与当事人所主张事实的关系，可以把证据分为本证与反证。本证是指当事人一方主张某种事实存在，提出能够证明该事实存在的证据，也就是对当事人主张的事实有肯定性作用的证据；而对方当事人否定或推翻主张事实的一方当事人所提出的证据，提出相反的证据，以证明对方主张事实的不存在，则称为反证。如原告主张被告应返还逾期借款，向法院提交的被告书写的借条即为本证；而被告出示的一张原告书写的被告已返还借款并说明因借条已丢失而无法将借条退还被告的收条及说明，对于原告来说，即为反证，反证的作用主要是对对方当事人的主张予以否定。

本证与反证的区分是与当事人的主张联系在一起的，原告提出的证明其主张成立的证据为本证，同样被告方所提出的证明其主张成立而不是仅仅反驳原告主张而提供的证据也是本证。并非原告提出的证据都是本证，被告提出的证据也可能是本证，原告和被告都可以提出本证和反证。同时，本证和反证也是可以相互转化的，例如原告提交的一份证明对方承担责任的借条对其来说是本证，对方若指出该借条签名系伪造的，那么这张借条就成为不利于原告的反证。

2. 直接证据与间接证据

按照单个证明对象之间的关系，可以把证据分为直接证据和间接证据。

直接证据是指能够单独地、直接地证明待证事实的证据。如原告提出的购销合同来证明他与被告之间的购销关系，该合同就属直接证据，因为它单独地、直接地证明了原被告之间存在的购销关系。直接证据因其能单独、直接地证明待证事实，具有很强的证明力，因此，在实践中应受充分的重视。

间接证据是指单个证据无法直接证明待证事实而是通过与其他证据联合在一起，方有可能证明待证事实的证据。比如，在一起交通事故损害赔偿案件中，原告指控被告为交通事故肇事侵权方；其提出的证据有：肇事车为黄色面包车，车号为WZ-74××98（中间两位数字未看清），肇事车撞倒原告自行车时，肇事车右灯破裂。被告单位车队证明，发生上述交通事故时，被告驾驶其自己的黄色小面包车（车号为WZ-743698）外出办事，第二天被告驾车回单位时该车右灯破裂，被告称是碰到路边的树上造成的。在该案中，原告提供的单个证据并不能直接证明被告为侵权方，但上述几个证据联系在一起，就可以证明被告为侵权方。上述各个证据即为间接证据。间接证据因其单个并无法证明待证事实，相对而言，证明力较弱，但其仍具有重要作用。间接证据可以为寻找直接证据提供线索；鉴别、印证直接证据；在无法收集到直接证据时，若干个有效的间接证据综合在一起，也能证明一定的待证事实。

3. 原始证据与传来证据

按照证据的来源，可以将证据分为原始证据和传来证据。

原始证据是指直接来源于案件事实的证据，即所谓的第一手资料。如合同原件、发票原件、遗嘱原件等。原始证据因直接来源于案件事实，而具有较强的可靠性，相对而言不易伪造。



传来证据是指从原始证据中派生出来的证据，又称传来证据。如合同的复印件、文件的抄本等。传来证据的形成因其经过了中间环节，相对而言可靠性差，也易伪造。通常情况下是在无法收集到原始证据时才予以使用。

真题演练

1. (2009-3-40)^① 关于证据理论分类的表述，下列哪一选项是正确的？
 - A. 传来证据有可能是直接证据
 - B. 诉讼中原告提出的证据都是本证，被告提出的证据都是反证
 - C. 证人转述他人所见的案件事实都属于间接证据
 - D. 一个客观与合法的间接证据可以单独作为认定案件事实的依据
2. (四川 2008-3-41)^② 甲对乙提起的返还借款的诉讼，就乙向甲借款事实的证明，根据民事诉讼理论，下列哪一选项属于直接证据？
 - A. 甲向法院提交的乙向其借款时出具的借据的复印件
 - B. 甲向法院提交的其向乙的银行卡转款的银行凭条
 - C. 甲的朋友丙向法院提供的曾听甲说乙要向甲借钱的证词
 - D. 甲的同事丁向法院提供的曾见到甲交给过乙钱的证词
3. (2007-3-81)^③ 原告起诉被告返还借款 5 万元，为证明这一事实，原告向法院提交了被告书写的“借据”；被告则主张“借款已经清偿”，并向法院出示了原告交给他的“收据”。关于原、被告双方的证据，下列哪些选项是正确的？
 - A. “借据”是本证，“收据”是反证
 - B. “借据”是本证，“收据”也是本证
 - C. “借据”是直接证据，“收据”是间接证据
 - D. “借据”是直接证据，“收据”也是直接证据

考点四 证据保全

重点法条

★★第七十四条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

① A。

② A。直接证据是指能够单独、直接证明案件主要事实的证据。A 项中“借据的复印件”，虽然其证明力比原件的证明力小一些，但是其能单独、直接证明借款事实，因此属于直接证据。B 项中的“银行卡转款凭条”、C 项中的“曾经听说的证人证言”、D 项中的“曾见到甲交给过乙钱的证词”都不足以证明乙向甲借钱的事实，因此不是直接证据，而属于间接证据，故本题的正确答案是 A。

③ BD。本证是当事人为履行己方举证责任而提交的证据，反证是当事人为阻止对方履行举证责任而提交的证据。对于原告而言，应对乙向其借款的事实承担举证责任；对于被告而言，应对借款已经清偿的事实承担举证责任。因此，B 选项正确，“借据”是本证，“收据”也是本证。直接证据，是能够单独证明案件主要事实的证据，间接证据则是不能够单独证明案件事实，但是与其他证据结合可以证明案件事实的证据。对于原告而言，借据是其直接证据；对于被告而言，收据是其直接证据。



【关联法条】

《民事证据规定》

★★第二十三条 当事人依据《民事诉讼法》第七十四条的规定向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前七日。

当事人申请保全证据的，人民法院可以要求其提供相应的担保。

法律、司法解释规定诉前保全证据的，依照其规定办理。

★第二十四条 人民法院进行证据保全，可以根据具体情况，采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。

人民法院进行证据保全，可以要求当事人或者诉讼代理人到场。

考点解析

证据保全是指在证据有可能毁损、灭失，或以后难以取得的情况下，人民法院对证据进行保护，以保证其证明力的一项措施。最高人民法院《关于民事证据的若干规定》对于证据保全问题作了规定。

证据保全的条件有：

1. 待保全的事实材料应当与案件所涉及的法律关系有关，即应当是能够证明案件有关事实的材料，并且待保全的事实材料存在毁损、灭失，或以后难以取得的可能性。

2. 证据保全可依当事人的申请进行，也可由人民法院依职权决定，当事人依据《民事诉讼法》向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前7日。

3. 当事人申请保全证据的，人民法院可以要求其提供相应的担保。

4. 证据保全采取裁定的形式，人民法院进行证据保全，可以要求当事人或者诉讼代理人到场，可以根据具体情况，采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。

真题演练

(2008-3-90)① 关于民事诉讼中的证据收集，下列哪些选项是正确的？

A. 在王某诉齐某合同纠纷一案中，该合同可能存在损害第三人利益的事实，在此情况下法院可以主动收集证据

B. 在胡某诉黄某侵权一案中，因客观原因胡某未能提供一项关键证据，在此情况下胡某可以申请法院收集证据

C. 在周某诉贺某借款纠纷一案中，周某因自己没有时间收集证据，于是申请法院调查收集证据，在此情况下法院应当进行调查收集

D. 在武某诉赵某一案中，武某申请法院调查收集证据，但未获法院准许，武某可以向受案法院申请复议一次

① ABD。



考点五 证明对象

重点法条

★第六十五条 人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。

人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。

★第六十七条 经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

【关联法条】

《民事证据规定》

★第八条 诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。

对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。

当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。

当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。

★★第九条 下列事实，当事人无需举证证明：

- (一) 众所周知的事实；
- (二) 自然规律及定理；
- (三) 根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；
- (四) 已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；
- (五) 已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；
- (六) 已为有效公证文书所证明的事实。

前款（一）、（三）、（四）、（五）、（六）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。

考点解析

民事诉讼中的证明对象，是指在民事诉讼中需要证明主体运用证据来予以证明的与案件有关的事实，也可称为待证事实。当事人在民事诉讼中收集和运用证据，其目的是为了证明自己的主张，从本质上说这种主张又是直接与民事案件的基本事实或程序事实相联系的，也是人民法院需要认定的。

（一）证明对象的内容

民事诉讼中的证明对象，主要包括以下几个方面：

1. 当事人主张的民事实体权益的法律事实，该部分法律事实主要有以下几类：①当



事人之间产生权利义务关系的法律事实。如结婚登记、合同签订等。②当事人之间变更权利义务关系的法律事实，如合同变更。③当事人之间消灭权利义务关系的法律事实。如合同解除、离婚登记、收养关系的解除。④妨碍当事人权利行使、义务履行的法律事实。如权利或义务主体丧失行为能力、不可抗力的发生等。⑤当事人之间权利义务发生纠纷的法律事实。如是否构成侵权的事实。

2. 当事人主张的具有程序意义的事实。具有程序意义的事实，虽然不直接涉及当事人的实体权利，但如不加以证明，就会影响诉讼活动的顺利进行，影响实体问题的正确解决。这些程序法事实具体包括：①关于当事人是否符合条件的事实。②关于法院主管和是否有管辖权的事实。③关于法定主体是否具有回避情形的事实。④关于当事人耽误上诉期间理由是否正当的事实。⑤关于审判组织形式的事实。⑥关于适用民事强制措施条件的事实等。

3. 证据事实不属于证明对象的范围。证据本身是一种证明案件事实的手段，对其自身的证明不宜归入整个诉讼证明对象的范畴。

4. 外国法律和地方性法规。在涉外民事诉讼中，如果当事人要求援引某国法律来解决纠纷时，该项外国法律应作为证明的对象。另外，我国的地方性法规较多，审判人员不可能全部了解，如诉讼中涉及地方性法规时，有时也会成为诉讼证明的对象。

（二）免证的事实

免证的事实，又可称为无须证明的事实。根据最高人民法院的司法解释和相关规定，当事人对于下列事实无须举证：

1. 自认的事实。即一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的，那么原告因被告的承认而无须对自己的主张举证，也就是不需提供证据证明这一事实。对于当事人自认问题，最高人民法院在《民事证据规定》中作了详细的阐述，其主要内容为：

（1）诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无须举证，但涉及身份关系的案件除外。

（2）对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。

（3）当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。

（4）当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。

（5）对双方当事人无争议但涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院可以责令当事人提供有关证据。

（6）在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。

（7）在诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。



2. 众所周知的事实和自然规律及定理。如中华人民共和国于1949年10月1日成立,中午的12点是白天,1976年中国发生了唐山大地震等,都是众所周知,无需证明的事实;而对于自然规律和定理,已经为科学证明和得到大家承认,如日出东方而没于西方,三角形的两边之和大于第三边等,凡在诉讼中出现这些情况均无需证明。

3. 推定的事实。推定的事实是指根据法律规定或已知事实,能推定出另一事实。包括:

(1) 法律上的推定,即根据法律规定运用逻辑推理视为成立的事实,如原告未经法庭许可中途退庭的,按撤诉处理;有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可推定该主张成立。

(2) 事实上的推定,即依据生活中的经验和公认的规则,运用逻辑推理视为成立的事实。

4. 预决的事实。即已为人民法院发生法律效力裁判所确定的事实或者已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实。对于这些已为司法机关裁判或仲裁机构裁决证明的事实,在诉讼或仲裁中重复出现时可不必要证明,如某市人民法院的某一生效判决确认甲乙双方某一购销合同合法有效,另一案件又涉及该购销合同是否有效问题时,可以直接援引,无需再行证明。

5. 已为有效公证书所证明的事实。“经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文件,人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”在通常情况下,对于经公证证明的事实无需举证,只有在认为公证文书存在错误时,才应当提交充分的相反证据予以推翻。

真题演练

1. (2009-3-42)^① 关于自认的说法,下列哪一选项是错误的?

- A. 自认的事实允许用相反的证据加以推翻
- B. 身份关系诉讼中不涉及身份关系的案件事实可以适用自认
- C. 调解中的让步不构成诉讼上的自认
- D. 当事人一般授权的委托代理人一律不得进行自认

2. (2005-3-70)^② 下列关于民事诉讼自认及其法律后果的说法,哪些是错误的?

A. 老张诉小张的赡养纠纷案件中,小张对老张陈述的收养事实明确表示承认,老张对形成收养关系的事实无需举证

B. 对原告甲陈述的事实,被告乙不置可否,法官充分说明并询问后,乙仍不予回答,视为对该项事实的承认

C. 经当事人特别授权的代理律师在诉讼中对案件事实的承认,视为当事人的承认,但因此而导致承认对方诉讼请求的除外

D. 被告只要在法庭辩论终结前声明撤回承认,其在庭审过程中的承认即无效

^① D。

^② AD。A选项涉及身份关系诉讼,属于除外情形,该选项表述错误,是应选选项。对一方当事人陈述的事实,另一方当事人既未表示承认也未否认,经审判人员充分说明并询问后,其仍不明确表示肯定或者否定的,视为对该项事实的承认。因此,选项B表述正确,不是应选选项。当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意,或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的,不能免除对方当事人的举证责任。选项D是应选选项。



3. (2004-3-46)^① 当事人对自己的主张只有本人陈述而不能提出其他相关证据的, 在下列哪一情况下, 法院对其主张可予以支持?

- A. 对方当事人认可
- B. 本人陈述前后没有矛盾
- C. 陈述人具有较高的诚信度
- D. 陈述人具有完全的民事行为能力

考点六 证明责任

重点法条

★第六十四条 当事人对自己提出的主张, 有责任提供证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据, 或者人民法院认为审理案件需要的证据, 人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序, 全面地、客观地审查核实证据。

★第六十六条 证据应当在法庭上出示, 并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密, 需要在法庭出示的, 不得在公开开庭时出示。

【关联法条】

《民事证据规定》

★★★第四条 下列侵权诉讼, 按照以下规定承担举证责任:

(一) 因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼, 由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任;

(二) 高度危险作业致人损害的侵权诉讼, 由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任;

(三) 因环境污染引起的损害赔偿诉讼, 由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;

(四) 建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼, 由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任;

(五) 饲养动物致人损害的侵权诉讼, 由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任;

(六) 因缺陷产品致人损害的侵权诉讼, 由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任;

(七) 因共同危险行为致人损害的侵权诉讼, 由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;

(八) 因医疗行为引起的侵权诉讼, 由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊规定的, 从其规定。

★★第五条 在合同纠纷案件中, 主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任; 主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起

^① A. 当事人对自己的主张, 只有本人陈述而不能提出其他相关证据的, 其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。



合同关系变动的事实承担举证责任。

对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任。

对代理权发生争议的,由主张有代理权一方当事人承担举证责任。

★第六条 在劳动争议纠纷案件中,因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的,由用人单位负举证责任。

考点解析

民事诉讼中的证明责任是指当事人对自己提出的主张,提出和运用证据进行证明,但事实不清、证据不足时,由负担证明责任的一方承担败诉的责任。其基本内涵包括:①主张的责任,即当事人为了有利于自己的裁判,在诉讼中需请求有利于自己的事实和利益;②提供证据的责任,即在诉讼进行的各个阶段,当事人为了避免败诉危险而承担的向法院提出证据的行为责任;③结果意义上的证明责任,即当引起法律关系发生、变更或者消灭的构成要件事实处于真伪不明状态时,当事人因法院不适用以该事实存在为构成要件的法律而产生的不利于自己的法律后果的负担。

1. 谁主张,谁举证

“谁主张,谁举证”是民事诉讼证明责任分配的一般规律。当事人对自己提出的主张,应当提出证据;当事人对自己提供的证据,应当予以证明,以表明自己所提供的证据能够证明其主张;若当事人对自己的主张不能提供证据或提供证据后不能证明自己的主张,将可能导致对自己不利的裁判。

“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”证明责任的主体是民事诉讼当事人,人民法院不承担证明的责任。按照“谁主张,谁举证”的原则,无论是诉讼中的原告、被告、共同诉讼人、诉讼代表人,还是有独立请求权的第三人,都有责任对自己的主张提供证据并加以证明。只有法律规定无须证明的事实,当事人方可不负举证责任。

2. 特殊情形下举证责任倒置

在《民事证据规定》第4条所列的特殊侵权诉讼中,对原告提出的侵权事实,被告否认的,由被告负责举证。

3. 其他案件中证明责任的分担

按照最高人民法院《民事证据规定》,在下列案件中:

(1) 在合同纠纷案件中,主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任;主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任。

(2) 对代理权发生争议的,由主张有代理权的一方当事人承担举证责任。

(3) 在劳动争议纠纷案件中,因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的,由用人单位负举证责任。

(4) 在法律没有具体规定,依本规定及司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。



1. (四川 2008-3-45)^① 赵某与江某路经一栋居民楼时,六楼黄某家阳台上的花盆坠落砸中赵某,致其重伤,共花费医疗费3万元。赵某将黄某告至法院要求赔偿,而黄某否认赵某受伤系自家花盆坠落所致。对此争议事实的举证责任,下列哪一选项是正确的?

- A. 赵某
- B. 黄某
- C. 赵某和黄某
- D. 赵某和江某

2. (四川 2008-3-81)^② 关于举证责任分配,下列哪些选项是正确的?

A. 县供电局安装的高压线电死了刘某的牛,刘某诉请损害赔偿,县供电局应就其对刘某的牛的死不存在过错承担举证责任

B. 张某因被李某养的狗咬伤诉至法院,要求李某赔偿。李某应就其对张某被狗咬伤不存在过错承担举证责任

C. 陈某委托黄某去广州购买一批牛仔褲,后因牛仔褲滞销,陈某不承认黄某是代理自己去购买牛仔褲。黄某应就自己是否有代理权的事实承担举证责任

D. 王某因被A公司辞退不服而诉至法院,A公司应对辞退王某的事实承担举证责任

3. (2008-3-33)^③ 王某承包了20亩鱼塘。某日,王某发现鱼塘里的鱼大量死亡,王某认为鱼的死亡是因为附近的腾达化工厂排污引起,遂起诉腾达化工厂请求赔偿。腾达化工厂辩称,根本没有向王某的鱼塘进行排污。关于化工厂是否向鱼塘排污的事实举证责任,下列哪一选项是正确的?

A. 根据“谁主张、谁举证”的原则,应当由主张存在污染事实的王某负举证责任

B. 根据“谁主张、谁举证”的原则,应当由主张自己没有排污行为的腾达化工厂负举证责任

C. 根据“举证责任倒置”的规则,应当由腾达化工厂负举证责任

D. 根据本证与反证的分类,应当由腾达化工厂负举证责任

4. (2008-3-80)^④ 3个小孩在公路边玩耍,此时,一辆轿车急速驶过,3个小孩捡起石子向轿车扔去,坐在后排座位的刘某被一石子击中。刘某将3小孩起诉至法院。关于本案举证责任分配,下列哪些选项是正确的?

A. 刘某应对三被告向轿车投掷石子的事实承担举证责任

B. 刘某应对其所受到损失承担举证责任

C. 三被告应对投掷石子与刘某所受损害之间不存在因果关系承担举证责任

D. 三被告应对其主观没有过错承担举证责任

5. (2007-3-45)^⑤ 甲养的宠物狗将乙咬伤,乙起诉甲请求损害赔偿。诉讼过程中,

① A。建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼,由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任。本题中,黄某家阳台上的花盆属于建筑物上的搁置物,其坠落致人损害的侵权诉讼,根据规定,所有人黄某只是对自己无过错承担举证责任,而赵某主张的事实应当由赵某承担举证责任,因此本题的正确答案是A。

② CD。根据《民事证据规定》第4条规定,A项属于高度危险作业,由县供电局就刘某故意造成损害事实承担举证责任,故A项错误。B项由李某对张某有过错或第三人有过错承担举证责任,故B项错误。根据《民事证据规定》第5条第3款规定,C项正确。根据《民事证据规定》第6条规定,D项正确。本题的正确答案是CD。

③ A。

④ ABC。

⑤ B。本题考查动物侵权诉讼中的举证责任分配,根据《民事证据规定》第4条规定,A、C、D选项错误。





甲认为乙被咬伤是因为乙故意逗狗造成的。关于本案中举证责任的分配，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲应当就乙受损害与自己的宠物狗没有因果关系进行举证
- B. 甲应当对乙故意逗狗而遭狗咬伤的事实负举证责任
- C. 乙应当就自己没有逗狗的故意负举证责任
- D. 乙应当就自己受到甲的宠物狗伤害以及自己没有逗狗的故意负举证责任

6. (2006-3-83)^① 齐某被宏大公司的汽车撞伤，诉至法院要求赔偿损失。下列关于本案举证责任的哪些说法是正确的？

- A. 原告齐某应当举证证明是被宏大公司的汽车所撞受伤
- B. 原告齐某应当对自己受到的损失承担举证责任
- C. 被告宏大公司应当对其主张的自己没有过错承担举证责任
- D. 被告宏大公司应当对其主张的原告齐某有主观故意承担举证责任

7. (2005-3-78)^② 甲工厂的生产污水流入李某承包的鱼塘，致使鱼虾死亡，损失 2 万元。李某起诉，请求甲工厂赔偿。下列哪些事实应当由甲工厂承担举证责任？

- A. 甲工厂的生产污水是否流入李某承包的鱼塘
- B. 李某承包的鱼塘鱼虾死亡造成损失的具体数额
- C. 鱼虾死亡的原因是否为甲工厂污水所致
- D. 是否具有免责事由

8. (2003-3-21)^③ 甲与同事丙路过一居民楼时，三楼乙家阳台上的花盆坠落，砸在甲的头上，致其脑震荡，共花费医疗费 1 万元。甲以乙为被告诉至法院要求赔偿，而乙否认甲受伤系自家花盆坠落所致。对这一争议事实，应由谁承担举证责任？

- A. 甲承担举证责任
- B. 甲、乙均应承担举证责任
- C. 乙承担举证责任
- D. 丙作为证人承担举证责任

患者甲与某医院发生医疗纠纷。甲认为由于该医院误诊，导致其疾病没有及时得到治疗，造成了财产和精神上的损害，故向法院提起诉讼，要求医院承担相应的民事责任。甲提出病历和 X 光片保存在医院，只要医院出示病历和 X 光片就可以证明医院对此负有责任。请回答：

9. (2003-3-98)^④ 原告对以下何种争议事实负有举证责任？

- A. 甲在该医院就诊的事实
- B. 医疗行为与损害事实之间是否存在因果关系的事实
- C. 损害数额
- D. 医生诊断时是否存在过错的事实

① ABD。本案中原告齐某应当举出证据证明自己受到的损害事实，被告宏大公司的侵权行为和自己的损害之间的因果联系，被告宏大公司无须证明自己没有过错，交通事故中机动车致行人侵害适用无过错原则。故 A 项、B 项正确，C 项错误。但是如果宏大公司为反驳原告提出齐某有主观故意的话则需提出证据加以证明，故 D 项正确。

② CD。因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。甲工厂的生产污水是否流入李某承包的鱼塘、李某承包的鱼塘鱼虾死亡造成损失的具体数额由李某而不是甲工厂来承担举证责任。

③ A。

④ AC。

10. (2003-3-100)^① 假设医院提出甲的病历等有关资料因医院工作人员保管不善而丢失, 无法提供, 以下何种说法是正确的?

- A. 原告不能提出其他证据证明医院有责任时, 原告应当承担败诉的后果
- B. 法院不考虑病历等有关资料的证据意义, 根据其他有关证据认定事实
- C. 由于病历等有关资料保存在医院, 在医院无正当理由拒不提供该资料时, 法院就可以推定原告的相关主张成立
- D. 法院只有在查清案件的事实基础上才能作出判决, 如果由于该资料丢失, 导致案件主要事实不清, 法院应当裁定驳回起诉

考点七 证明标准

重点法条

★第七十二条 人民法院对专门性问题认为需要鉴定的, 应当交由法定鉴定部门鉴定; 没有法定鉴定部门的, 由人民法院指定的鉴定部门鉴定。

鉴定部门及其指定的鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料, 必要时可以询问当事人、证人。

鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论, 在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的, 应当由鉴定人所在单位加盖印章, 证明鉴定人身份。

【关联法条】

《民事证据规定》

★第七十二条 一方当事人提出的证据, 另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的, 人民法院可以确认其证明力。

一方当事人提出的证据, 另一方当事人有异议并提出反驳证据, 对方当事人对反驳证据认可的, 可以确认反驳证据的证明力。

★第七十三条 双方当事人对同一事实分别举出相反的证据, 但都没有足够的依据否定对方证据的, 人民法院应当结合案件情况, 判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力, 并对证明力较大的证据予以确认。

因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的, 人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。

考点解析

民事诉讼证明标准是指, 法官在民事诉讼中认定案件事实所要达到的证明程度。证明标准确定以后, 一旦证据的证明力已达到这一标准, 待证事实的真实性就算已得到证明, 法官就应当认定该事实, 以该事实的存在作为裁判的依据; 反之, 法官就应当认为待证事实未被证明为真或者仍处于真伪不明状态。

民事诉讼中的证明标准应当满足盖然性的要求, 也就是说当审判人员从证据中得到待证事实很可能像一方当事人主张的那样的心证时, 就可以认定该事实, 这与刑事诉讼的证

^① C。



明标准不同。民事诉讼中盖然性证明标准又可分为两个层次：一是高度盖然性，二是较高度度的盖然性。

1. 高度盖然性是指审判人员从证据中虽然尚未形成事实必定如此的确信，但在内心形成了事实极有可能或非常可能如此的判断，即审判人员的心证接近确实但又未达到确实。高度盖然性的要求适用于民事诉讼中的一般情形，当事人作为诉讼请求依据或反驳诉讼请求依据的实体法事实成为证明对象时，一般都应当适用高度盖然性的证明要求。

2. 较高度度的盖然性是指证明已达到了事实可能如此的程度。如果审判人员从证据中获得的心证为事实存在的可能性大于不存在的可能性，该心证就满足了较高度度盖然性的要求。只有在少数例外情形下，才能够适当降低证明要求，适用较高度度盖然性的证明标准。这些例外情形是指举证特别困难的案件，当事人难以提出确切证据证明所主张的事实，为缓和证明的负担才不得不满足于较高度度的盖然性证明。

真题演练

(2002-3-76)① 下列哪些证据不能单独作为认定案件事实的证据？

- A. 当事人李某的妻子袁某向法院作出的有利于李某的证言
- B. 原告陈某向法院提交的其采用偷录方法录下的用以证明被告刘某欠其 5 000 元人民币的录音带，该录音带部分关键词的录音听不清楚
- C. 由未成年人所作出的各类证言
- D. 原告提出的字迹清晰的合同文书复印件，但该合同文书的原件已丢失，且被告不承认其与原告存在有该合同文书复印件所表述的法律关系

考点八 证明程序

重点法条

★第七十六条 人民法院对当事人一时不能提交证据的，应根据具体情况，指定其在合理期限内提交。当事人在指定期限内提交确有困难的，应在指定期限届满之前，向人民法院申请延期。延长的期限由人民法院决定。

【关联法条】

《民事证据规定》

★第十五条 《民事诉讼法》第六十四条规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”，是指以下情形：

- (一) 涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；
- (二) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。

第十六条 除本规定第十五条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行。

★第十七条 符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收

① ABD。



集证据：

(一) 申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；

(二) 涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；

(三) 当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。

★第三十六条 当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许，可以适当延长举证期限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的，可以再次提出延期申请，是否准许由人民法院决定。

★★第三十七条 经当事人申请，人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。

人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件，应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。

★第四十九条 对书证、物证、视听资料进行质证时，当事人有权要求出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外：

(一) 出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的；

(二) 原件或者原物已不存在，但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。

第五十条 质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。

★第五十一条 质证按下列顺序进行：

(一) 原告出示证据，被告、第三人与原告进行质证；

(二) 被告出示证据，原告、第三人与被告进行质证；

(三) 第三人出示证据，原告、被告与第三人进行质证。

人民法院依照当事人申请调查收集的证据，作为提出申请的一方当事人提供的证据。

人民法院依照职权调查收集的证据应当在庭审时出示，听取当事人意见，并可就调查收集该证据的情况予以说明。

★★★第六十九条 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：

(一) 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；

(二) 与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；

(三) 存有疑点的视听资料；

(四) 无法与原件、原物核对的复印件、复制品；

(五) 无正当理由未出庭作证的证人证言。

考点解析

1. 举证时限

《民事证据规定》第32~36条规定了举证时限制度，即为了确保诉讼的公平，要求各方当事人必须在举证期限内提交证据。其主要内容有：

(1) 举证时限的通知。被告应当在答辩期届满前提出书面答辩，阐明其对原告诉讼请求及所依据的事实和理由的意见。人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果，促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举





证期限及逾期提供证据的法律后果。

(2) 举证期限的确定。举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于30日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。

(3) 逾期举证的后果。当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。

(4) 变更诉讼请求的情形。诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受举证期限的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。

(5) 举证期限的延期。当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许，可以适当延长举证期限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的，可以再次提出延期申请，是否准许由人民法院决定。

(6) 举证期限内完成的事项：①当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，不得迟于举证期限届满前7日。②当事人向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前7日。③当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。符合法律规定的情形，当事人申请重新鉴定的除外。

2. 证据交换

为了维护诉讼双方的公平和知情权，最高人民法院《民事证据规定》第37~46条规定证据交换制度，即要求诉讼双方把各自持有的证据向对方展示。证据交换制度的主要内容有：

(1) 证据交换程序的启动：①经当事人申请，人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据；②人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件，应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。

(2) 证据交换的时间：①交换证据的时间可以由当事人协商一致并经人民法院认可；②也可以由人民法院指定。人民法院组织当事人交换证据的，交换证据之日举证期限届满。当事人申请延期举证经人民法院准许的，证据交换日相应顺延。

(3) 证据交换的程序：证据交换应当在审判人员的主持下进行。在证据交换的过程中，审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷；对有异议的证据，按照需要证明的事实分类记录在卷，并记载异议的理由。通过证据交换，确定双方当事人争议的主要问题。

(4) 证据交换的次数：①证据交换一般不超过两次。但重大、疑难和案情特别复杂的案件，人民法院认为确有必要再次进行证据交换的除外。②当事人收到对方交换的证据后提出反驳并提出新证据的，人民法院应当通知当事人在指定的时间进行交换。

(5) 庭审中“新的证据”的界定：“当事人在法庭上可以提出新的证据”，其中的“新的证据”，是指以下情形：①一审程序中的新的证据包括：当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据。②二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证



据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。③当事人在一审程序中提供新的证据的，应当在一审开庭前或者开庭审理时提出。当事人在二审程序中提供新的证据的，应当在二审开庭前或者开庭审理时提出；二审不需要开庭审理的，应当在人民法院指定的期限内提出。④当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的，人民法院不予采纳。当事人经人民法院准许延期举证，但因客观原因未能在准许的期限内提供，且不审理该证据可能导致裁判明显不公的，其提供的证据可视为新的证据。

(6) 再审中“新的证据”的界定：“有新的证据，足以推翻原判决、裁定的”，可以申请再审，这里所说的“新的证据”，是指原审庭审结束后新发现的证据。当事人在再审程序中提供新的证据的，应当在申请再审时提出。

(7) 一方当事人提出新的证据的，人民法院应当通知对方当事人在合理期限内提出意见或者举证。由于当事人的原因未能在指定期限内举证，致使案件在二审或者再审期间因提出新的证据被人民法院发回重审或者改判的，原审裁判不属于错误裁判案件。一方当事人请求提出新的证据的，另一方当事人负担由此增加的差旅、误工、证人出庭作证、诉讼等合理费用以及由此扩大的直接损失，人民法院应予支持。

3. 人民法院对证据的调查

民事证据收集是指法院审判人员和当事人为了查明案件事实，按照法定程序调查、收集证据的行为。在我国，人民法院享有一定的调查取证的权力，民事证据的收集包括当事人收集取证和人民法院调查取证两个方面。本文着重介绍人民法院调查取证的范围。

“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”上述规定说明，在民事诉讼中，证据原则上应当由当事人提供，法院主动收集证据是有条件的。《民诉意见》第73条规定，依照《民事诉讼法》第六十四条第二款规定，由人民法院负责调查收集的证据包括：①当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；②人民法院认为需要鉴定、勘验的；③当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的；④人民法院认为应当由自己收集的其他证据。

按照《民事证据规定》，人民法院调查取证的范围包括：

(1) “人民法院认为审理案件需要的证据”，是指以下情形：①涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；②涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项；③除上述两种情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行。

(2) 当事人申请调查取证的范围：符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：①申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；②涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；③当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。

(3) 当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，应当提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，不得迟于举证期限届满前7日。

(4) 人民法院对当事人及其诉讼代理人的申请不予准许的，应当向当事人或其诉讼代



理人送达通知书。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起3日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次。人民法院应当在收到复议申请之日起5日内作出答复。

(5) 调查人员调查收集的书证,可以是原件,也可以是经核对无误的副本或者复制件。是副本或者复制件的,应当在调查笔录中说明来源和取证情况。调查人员调查收集的物证应当是原物。被调查人提供原物确有困难的,可以提供复制品或者照片。提供复制品或者照片的,应当在调查笔录中说明取证情况。调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的,应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的,可以提供复制件。提供复制件的,调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。

4. 质证

质证是指法院在诉讼参与人的参加下,对所取得的证据材料,予以核实、鉴别,辨明其真伪的诉讼活动。质证的对象包括法院所获取的所有的与案件事实相关联的各种客观材料。从证据类别上说,包括书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论和勘验笔录等各类证据;从证据获得的来源上说,既包括原告提供的证据、被告提供的证据、第三人提供的证据,也包括法院主动收集的证据。

质证的程序,从形式上讲,是在诉讼参与人参加下在开庭审理时进行的。具体的程序为在法庭调查阶段,在审判人员的主持下,将各种证据在法庭上一一出示,由双方当事人及其诉讼代理人进行鉴别,相互质证;在法庭辩论阶段,双方当事人可以就各种证据发表自己的看法或对对方的证据的看法进行反驳。

《民事证据规定》对质证程序作了详尽的规定:

(1) 证据应当在法庭上出示,由当事人质证。未经质证的证据,不能作为认定案件事实的依据。当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据,经审判人员在庭审中说明后,可以作为认定案件事实的依据。

(2) 涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据,不得在开庭时公开质证。

(3) 对书证、物证、视听资料进行质证时,当事人有权要求出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外:①出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的;②原件或者原物已不存在,但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。

(4) 质证时,当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性,针对证据证明力有无以及证明力大小,进行质疑、说明与辩驳。

(5) 质证按下列顺序进行:①原告出示证据,被告、第三人与原告进行质证;②被告出示证据,原告、第三人与被告进行质证;③第三人出示证据,原告、被告与第三人进行质证。④人民法院依照当事人申请调查收集的证据,作为提出申请的一方当事人提供的证据。人民法院依照职权调查收集的证据应当在庭审时出示,听取当事人意见,并可就调查收集该证据的情况予以说明。案件有两个以上独立的诉讼请求的,当事人可以逐个出示证据进行质证。法庭应当将当事人的质证情况记入笔录,并由当事人核对后签名或者盖章。

(6) 证人应当出庭作证,接受当事人的质询。证人在人民法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的,可视为出庭作证。出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实。证人为聋哑人的,可以其他表达方式作证。证人作证时,不得使用猜测、推断或者评论性的语言。审判人员和当事人可以对证人进行询问。证人不得旁听法庭审理;询问证人

时，其他证人不得在场。人民法院认为有必要的，可以让证人进行对质。

(7) 鉴定人应当出庭接受当事人质询。鉴定人确因特殊原因无法出庭的，经人民法院准许，可以书面答复当事人的质询。经法庭许可，当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问。询问证人、鉴定人、勘验人不得使用威胁、侮辱及不当引导的言语和方式。审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。经人民法院准许，可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就案件中的问题进行对质。具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。

5. 认证

认证又可称为证据的判断，是指人民法院在审查证据的基础上，对证据进行综合分析，决定证据的取舍，并最终确定证据证明力的诉讼活动。认证的意义，在于为法院认定案件事实提供事实上的根据，并为法院适用法律，依法对案件作出裁判奠定基础。

认证的对象，包括那些经过法定程序进行了审查的证据，未经过质证的证据，不应作为认证的对象。认证由法院的审判人员依职权进行，应当遵循实事求是的原则，综合各方面的因素，对每一项证据进行客观的分析，分析其是否客观真实，是否能证明案件事实的全部或部分。在此基础上，综合全部证据，以断定各个证据与案件事实之间的关系，作出哪些证据具有证明力，法院予以采信，哪些证据不具证明力，法院不予采信的判断。

《民事证据规定》关于认证的规定主要有：

(1) 人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判。审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。

(2) 审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定：①证据是否是原件、原物，复印件、复制品与原件、原物是否相符；②证据与本案事实是否相关；③证据的形式、来源是否符合法律规定；④证据的内容是否真实；⑤证人或者提供证据的人，与当事人有无利害关系。

(3) 审判人员对案件的全部证据，应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。

(4) 诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

(5) 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：①未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；②与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；③存有疑点的视听资料；④无法与原件、原物核对的复印件、复制品；⑤无正当理由未出庭作证的证人证言。

(6) 一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：①书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本；②物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等；③有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件；④一方当事人申请人民法院依照法定程序制作的对物证或者现场的勘验笔录。



(7) 一方当事人提出的证据, 另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的, 人民法院可以确认其证明力。一方当事人提出的证据, 另一方当事人有异议并提出反驳证据, 对方当事人对反驳证据认可的, 可以确认反驳证据的证明力。人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论, 当事人没有足以反驳的相反证据和理由的, 可以认定其证明力。

(8) 双方当事人对同一事实分别举出相反的证据, 但都没有足够的依据否定对方证据的, 人民法院应当结合案件情况, 判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力, 并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的, 人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。

(9) 有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供, 如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人, 可以推定该主张成立。当事人对自己的主张, 只有本人陈述而不能提出其他相关证据的, 其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。

(10) 人民法院就数个证据对同一事实的证明力, 可以依照下列原则认定: ①国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证; ②物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证, 其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言; ③原始证据的证明力一般大于传来证据; ④直接证据的证明力一般大于间接证据; ⑤证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言, 其证明力一般小于其他证人证言。人民法院认定证人证言, 可以通过对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等的综合分析作出判断。

(11) 人民法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。对当事人无争议的证据, 是否采纳的理由可以不在裁判文书中表述。

真题演练

1. (2009-3-41)① 关于举证时限和证据交换的表述, 下列哪一选项是正确的?

A. 证据交换可以依当事人的申请而进行, 也可以由法院依职权决定而实施

B. 民事诉讼案件在开庭审理前, 法院必须组织进行证据交换

C. 当事人在举证期限内提交证据确有困难的, 可以在举证期限届满之后申请延长, 但只能申请延长一次

D. 当事人在举证期限内未向法院提交证据材料的, 在法庭审理过程中无权再提交证据

2. (2007-3-33)② 在民事诉讼普通程序中, 根据有关司法解释, 关于举证期限, 下列哪一选项是正确的?

A. 举证期限只能由法院指定

B. 举证期限可以由当事人协商确定, 不需法院认可

C. 当事人在举证期限内提交证据确有困难的, 可以在举证期限届满之后申请延长

D. 法院指定的举证期限不得少于 30 日

3. (2005-3-42)③ 在某一民事案件的审理过程中, 原告一方因无法获得作为档案

① A。

② D。根据《民事证据规定》第 33 条, A、B 选项表述错误, D 选项表述正确。根据《民事证据规定》第 36 条, C 选项表述也错误。本题应选选项为 D。

③ A。人民法院依照当事人申请调查收集的证据, 作为提出申请的一方当事人提供的证据。既然作为提出申请的一方当事人提供的证据, 就应当由原、被告双方进行质证, 因此, 选项 A 正确, 选项 B、C、D 是错误选项。



材料存放在某单位的证据，申请法院进行调查。庭审中对该证据的质证，应当如何进行？

- A. 应当由原、被告双方进行质证
- B. 应当由被告与法院进行质证
- C. 应当由被告与保管该证据的某单位进行质证
- D. 法院对该证据进行说明，无须质证

4. (2005 - 3 - 77)① 下列哪些证据不能单独作为认定案件事实的依据？

- A. 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言
- B. 与一方当事人的代理人有利害关系的证人出具的证言
- C. 存有疑点的视听资料
- D. 无正当理由未出庭作证的证人证言

5. (2004 - 3 - 40)② 民事诉讼中的举证期限是如何确定的？

- A. 可以由当事人协商一致，并经人民法院认可
- B. 可以由原告指定
- C. 可以由被告指定
- D. 如果当事人协商一致，不必经人民法院认可

6. (2002 - 3 - 27)③ 根据有关司法解释，人民法院规定了民事诉讼当事人举证期限，下列哪一说法符合有关司法解释的规定？

- A. 举证期限一经确定，在任何情况下，当事人都不可以申请延长举证期限
- B. 当事人在举证期限内提交证据确有困难的，经法院允许，可以适当延长举证期限，但只允许延长一次
- C. 当事人在举证期限内提交证据确有困难的，经法院允许，可以适当延长举证期限，延长举证期限后，当事人提交证据材料还有困难的，当事人可以再次提出延期申请，是否准许由人民法院决定
- D. 当事人在举证期限内提交证据确有困难的，可以多次申请延长举证期限，但自第二次申请起，是否准许由上级人民法院决定

7. (2002 - 3 - 75)④ 《民事诉讼法》第 125 条第 1 款规定“当事人在法庭上可以提出新的证据”，该“新的证据”所指的是下列哪些情形？

- A. 当事人在诉讼之前就持有，但在一审诉讼过程中一直没有向人民法院提供，到二审程序时，当事人才向人民法院出示的证据
- B. 当事人在举证期限届满后才发现的证据
- C. 当事人在二审中向人民法院提供的在一审结束后才发现的证据
- D. 当事人在举证期限内因主观原因未能在举证期限内提供，但在法庭开庭时向法庭出示的证据

① ABCD。根据《民事证据规定》第 69 条，下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：(1) 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；(2) 与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；(3) 存有疑点的视听资料；(4) 无法与原件、原物核对的复印件、复制品；(5) 无正当理由未出庭作证的证人证言。

② A。

③ C。

④ BC。



第七讲 法院调解

【本讲概要】 本讲应当了解法院调解的概念。理解法院调解应当遵循的原则和为什么某些案件不需要制作调解书。熟悉调解协议与调解书及其效力。

考点一 法院调解概述

重点法条

★第八十五条 人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。

★第八十六条 人民法院进行调解，可以由审判员一人主持，也可以由合议庭主持，并尽可能就地进行。

人民法院进行调解，可以用简便方式通知当事人、证人到庭。

★第八十七条 人民法院进行调解，可以邀请有关单位和个人协助。被邀请的单位和个人，应当协助人民法院进行调解。

【关联法条】

《民诉意见》

★91. 人民法院受理案件后，经审查，认为法律关系明确、事实清楚，在征得当事人双方同意后，可以径行调解。

★93. 人民法院调解案件时，当事人不能出庭的，经其特别授权，可由其委托代理人参加调解，达成的调解协议，可由委托代理人签名。离婚案件当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志的以外，应当出具书面意见。

《民事调解规定》

★第一条 人民法院对受理的第一审、第二审和再审民事案件，可以在答辩期满后裁判作出前进行调解。在征得当事人各方同意后，人民法院可以在答辩期满前进行调解。

★第二条 对于有可能通过调解解决的民事案件，人民法院应当调解。但适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件，婚姻关系、身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件，人民法院不予调解。

考点解析

法院调解，又可称为诉讼中的调解，是指在人民法院审判人员的主持下，对双方当事人就案件的争议问题进行协调，促使其对民事争议达成协议，从而解决纠纷的诉讼活动。

诉讼调解的优点在于，有利于及时、彻底地解决民事权益争议，提高办案效率；有利于执行，由于调解的结果是基于双方当事人的意愿，相对于强制性的判决结果更易于为双

方当事人所接受和履行；有利于增强当事人之间的团结。

在我国的法律体系和司法实践中，存在不同形式的调解，例如人民法院主持的诉讼调解、当事人的案外和解、仲裁机构的调解、人民调解委员会的调解，以及行政机关的调解等。

其中，人民法院主持下进行的诉讼调解，是存在于民事诉讼中的一种诉讼行为，是建立在当事人行使处分权和法院行使审判权的基础上的一种制度，也是人民法院终结案件的方式之一。在诉讼调解中，主持者是人民法院的审判人员，调解的内容要尊重当事人的意愿，如果能达成调解协议就具有法律上的执行力，诉讼调解是人民法院的结案方式之一。

人民法院的诉讼调解与其他形式调解、诉讼和解的区别，如下表所示。

区 别	法 院 调 解	诉讼外调解	诉 讼 和 解
主持者不同	人民法院主持，依据的是其审判职权	人民调解委员会、仲裁机构、行政机关以及个人等	只有双方当事人自己参加
法律性质不同	是人民法院的一种诉讼行为，也是人民法院一种结案方式	非讼或者行政性的调解	当事人在诉讼中对自己权利的处分
法律效力不同	具有法律效力，诉讼终结，有给付内容的调解书具有强制执行力	仲裁机构制作的调解书对当事人有约束力，其他机构或个人主持下达成的调解协议无法定效力	若能达成和解，往往原告撤诉，法院裁定准许结束诉讼，和解协议无执行力

真题演练

1. (2009 - 3 - 84)① 关于民事诉讼中的法院调解与诉讼和解的区别，下列哪些选项是正确的？

A. 法院调解是法院行使审判权的一种方式，诉讼和解是当事人对自己的实体权利和诉讼权利进行处分的一种方式

B. 法院调解的主体包括双方当事人和审理该案件的审判人员，诉讼和解的主体只有双方当事人

C. 法院调解以《民事诉讼法》为依据，具有程序上的要求，诉讼和解没有严格的程序要求

D. 经过法院调解达成的调解协议生效后如有给付内容则具有强制执行力，经过诉讼和解达成的和解协议即使有给付内容也不具有强制执行力

2. (四川 2008 - 3 - 79)② 关于法院调解和当事人和解的区别，下列哪些选项是正确的？

A. 法院调解必须发生在诉讼过程中，而当事人和解可以发生在诉讼之外

B. 法院调解有法院审判权的介入，而当事人和解则无审判权的介入

C. 在再审程序中法院不能进行调解，但当事人双方可以进行和解

D. 法院调解成功后，法院根据调解协议内容制作调解书；而当事人和解后，法院不

① ABCD。
② AB。调解是指在有关组织、机关、机构、个人或法院的主持下，对当事人之间的纠纷进行裁决的活动。分为诉讼外调解和法院调解（诉讼中调解）。A、B 两项的说法正确。依照审判监督程序再审的案件，人民法院发现原一审、二审判决遗漏了应当参加的当事人的，可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，裁定撤销一审、二审判决，发回原审人民法院重审。由此，C 项说法错误。当事人在二审中达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的请求，对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人；因和解而申请撤诉，经审查符合撤诉条件的，人民法院应予准许。

国家司法考试
民事诉讼法

A. 公示催告程序

B. 发回重审后的诉讼程序

C. 由人民检察院提起抗诉引起的再审程序

D. 执行程序

重点法条

【关联法条】

人民法院审理离婚案件，应当进行调解，但不应久调不决。

★第六条 在答辩期满前人民法院对案件进行调解，适用普通程序的案件在当事人同意调解之日起 15 天内，适用简易程序的案件在当事人同意调解之日起 7 天内未达成调解协议的，经各方当事人同意，可以继续调解。延长的调解期间不计入审限。

1. 自愿原则

(2) 实体上自愿，即调解达成的协议内容必须反映双方当事人的真实意思，不能违背当事人意志强制达成协议。

① AD。



2. 查明事实，分清是非原则

查明事实，分清是非原则是指人民法院在对民事案件进行调解时，必须在查明案件事实、分清责任的基础上进行，调解不是混淆一切关系。

3. 合法原则

合法原则是指人民法院和双方当事人的调解活动及其协议的内容，不得违反法律的规定。合法原则有两方面的要求：

(1) 程序上要合法，即人民法院主持下对双方当事人的调解活动，整个调解的程序要合法。

(2) 实体上合法，即当事人达成的调解协议内容不得违反法律，不得侵犯国家、集体和他人的合法权益。

真题演练

1. (2003-3-80)^① 人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解。对此，下列哪些理解是错误的？

- A. 人民法院只能在双方当事人同意的情况下才能进行调解
- B. 双方当事人达成调解协议但要求人民法院必须根据协议内容制作判决书，人民法院可以制作调解书结案
- C. 人民法院审理离婚案件，应当进行调解
- D. 当事人为达成调解协议对案件事实的自愿认可，在调解不成的情况下，可以作为判决认定事实的根据

2. (2006-3-86)^② 下列哪些民事案件法院不予调解？

- A. 适用公示催告程序的案件
- B. 请求确认婚姻无效的案件
- C. 请求确认收养无效的案件
- D. 选民资格案件

考点三 法院调解的程序

重点法条

★ 第八十九条 调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。

调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。

调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

★★ 第九十条 下列案件调解达成协议，人民法院可以不制作调解书：

- (一) 调解和好的离婚案件；
- (二) 调解维持收养关系的案件；
- (三) 能够即时履行的案件；

^① BD。

^② ABCD。对于有可能通过调解解决的民事案件，人民法院应当调解。但适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件，婚姻关系、身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件，人民法院不予调解。



(四) 其他不需要制作调解书的案件。

对不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力。

【关联法条】

《民诉意见》

★★★94. 无民事行为能力人的离婚案件，由其法定代理人进行诉讼。法定代理人与对方达成协议要求发给判决书的，可根据协议内容制作判决书。

《民事调解规定》

★第七条 当事人申请不公开进行调解的，人民法院应当准许。

调解时当事人各方应当同时在场，根据需要也可以对当事人分别作调解工作。

★第九条 调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许。

★第十条 人民法院对于调解协议约定一方不履行协议应当承担民事责任的，应予准许。

调解协议约定一方不履行协议，另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款，人民法院不予准许。

★★★第十一条 调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的，人民法院应当准许。

案外人提供担保的，人民法院制作调解书应当列明担保人，并将调解书送交担保人。担保人不签收调解书的，不影响调解书生效。

当事人或者案外人提供的担保符合担保法规定的条件时生效。

★第十二条 调解协议具有下列情形之一的，人民法院不予确认：

- (一) 侵害国家利益、社会公共利益的；
- (二) 侵害案外人利益的；
- (三) 违背当事人真实意思的；
- (四) 违反法律、行政法规禁止性规定的。

考点解析

人民法院诉讼调解的程序是民事诉讼程序的重要组成部分，主要有以下几项步骤。

1. 调解的开始

人民法院受理案件后，经审查，认为法律关系明确、事实清楚，在征得当事人双方同意后，可以径行调解。但是，调解并不是人民法院审理民事案件的必经程序。人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解。当事人一方或双方坚持不愿调解的，调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的，人民法院应当及时判决。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解，但不应久调不决。

2. 调解的进行

法院的调解在审判人员的主持下进行。人民法院进行调解，可以由审判员一人主持，也可以由合议庭主持，并尽可能就地进行。

人民法院进行调解，可以用简便方式通知当事人、证人到庭。人民法院进行调解，可以邀请有关单位和个人协助。被邀请的单位和个人，应当协助人民法院进行调解。

法院调解案件时，当事人不能出庭的，经其特别授权，可由其委托代理人参加调解，



达成的调解协议，可由委托代理人签名。离婚案件当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志的以外，应当出具书面意见。

无民事行为能力人的离婚案件，由其法定代理人进行诉讼。法定代理人对方达成协议要求发给判决书的，可根据协议内容制作判决书。

3. 调解结束

调解因未达成协议或双方达成协议而结束。调解未达成协议的，人民法院应当对案件继续审理，并尽快作出判决；调解达成协议的，应要求双方当事人在调解协议上签字，并根据情况决定是否制作调解书。

真题演练

1. (2007-3-47)^① 甲向乙借款 20 万元，后未能按期还本付息，乙诉甲还款。在诉讼中，双方达成调解协议，并由丙为该调解协议的履行提供担保。但在法院送达调解书时，丙拒不签收。关于丙拒签行为对调解书效力的影响，下列哪一选项是正确的？

- A. 不影响调解书的效力，但其中担保的约定不产生效力
- B. 不影响调解书的效力，丙不履行调解书时，乙可诉丙要求其承担担保责任
- C. 调解书不发生效力，法院应当及时作出判决
- D. 不影响调解书生效；调解书确定的担保条款的条件成就时，乙可以申请法院依法执行

2. (2007-3-83)^② 甲起诉与丈夫乙离婚，同时主张抚养小孩、分割房屋和存款。在诉讼过程中，双方当事人在法院主持下达成以下调解协议：解除婚姻关系、甲抚养小孩并分得房屋；乙分得存款及双方共同经营的杂货店；共同债务 2 000 元由甲承担。下列哪些选项是错误的？

- A. 调解协议的内容超出诉讼请求范围，法院不应批准
- B. 除杂货店的分割，协议的其他内容法院应当批准
- C. 调解协议将债务约定由一人承担违法，法院不应批准
- D. 除债务承担部分，协议的其他内容法院应当批准

考点四 调解书及调解的效力

重点法条

★第九十一条 调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的，人民法院应当及时判决。

① D。调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的，人民法院应当准许。案外人提供担保的，人民法院制作调解书应当列明担保人，并将调解书送交担保人。担保人不签收调解书的，不影响调解书生效。因此，首先排除 C 选项。该条还规定，当事人或者案外人提供的担保符合担保法规定的条件时生效。因此，A 选项错误。调解书确定的担保条款条件或者承担民事责任的条件成就时，当事人申请执行的，人民法院应当依法执行，因此，B 选项错误，D 选项正确。

② ABCD。本题中甲的诉讼请求是与丈夫乙离婚，自己抚养小孩、分割房屋和存款，杂货店的分割与债务承担是超出诉讼请求的内容，不过调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许。



【关联法条】

《民诉意见》

★96. 调解书不能当庭送达双方当事人的，应以后收到调解书的当事人签收的日期为调解书生效日期。

★97. 无独立请求权的第三人参加诉讼的案件，人民法院调解时需要确定无独立请求权的第三人承担义务的，应经第三人的同意，调解书应当同时送达第三人。第三人在调解书送达前反悔的，人民法院应当及时判决。

《民事调解规定》

★第十三条 根据民事诉讼法第九十条第一款第（四）项规定，当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效，经人民法院审查确认后，应当记入笔录或者将协议附卷，并由当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后即具有法律效力。当事人请求制作调解书的，人民法院应当制作调解书送交当事人。当事人拒收调解书的，不影响调解协议的效力。一方不履行调解协议的，另一方可以持调解书向人民法院申请执行。

★第十四条 当事人不能对诉讼费用如何承担达成协议的，不影响调解协议的效力。人民法院可以直接决定当事人承担诉讼费用的比例，并将决定记入调解书。

★第十五条 对调解书的内容既不享有权利又不承担义务的当事人不签收调解书的，不影响调解书的效力。

★第十六条 当事人以民事调解书与调解协议的原意不一致为由提出异议，人民法院审查后认为异议成立的，应当根据调解协议裁定补正民事调解书的相关内容。

★第十七条 当事人就部分诉讼请求达成调解协议的，人民法院可以就此先行确认并制作调解书。

当事人就主要诉讼请求达成调解协议，请求人民法院对未达成协议的诉讼请求提出处理意见并表示接受该处理结果的，人民法院的处理意见是调解协议的一部分内容，制作调解书的记入调解书。

考点解析

调解书是由人民法院制作时，以调解协议为主要内容的法律文书。

1. 调解书的内容

调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。

2. 可以不制作调解书的案件

下列案件调解达成协议，人民法院可以不制作调解书：①调解和好的离婚案件；②调解维持收养关系的案件；③能够即时履行的案件；④其他不需要制作调解书的案件。对不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力。

3. 调解的效力

（1）调解生效的时间。调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。双方当事人达成调解协议的，对于不需要制作调解书的案件而言，双方当事人、审判人员、书记员在调解协议上签名或盖章后，调解即具有法律效力。



(2) 调解书的送达。调解书不能当庭送达双方当事人的, 应以后收到调解书的当事人签收的日期为调解书生效日期。调解书不适用留置送达。当事人一方拒绝签收调解书的, 调解书不发生法律效力, 人民法院要及时通知对方当事人。

(3) 无独立请求权的第三人参加诉讼的案件, 人民法院调解时需要确定无独立请求权的第三人承担义务的, 应经第三人的同意, 调解书应当同时送达第三人。第三人在调解书送达前反悔的, 人民法院应当及时判决。

(4) 调解书生效后的法定效力。生效的调解书, 与生效判决具有同等的法律效力, 它具有结案的功能, 当事人不得以同一事实和理由再行起诉; 调解书实行一调终局, 不可以对调解书再上诉; 具有给付内容的调解书, 具有强制执行力, 负有义务方不履行的, 对方可以申请人民法院强制执行。

真题演练

1. (四川 2008-3-87)^① 张某与李某的借款纠纷经法院调解达成协议, 同时经王某同意并在调解协议中约定由王某提供担保, 保证李某履行调解协议。在送达调解书时, 张某与李某签收后, 王某拒绝签收调解书。关于本案, 下列哪些选项是正确的?

- A. 虽然王某拒绝签收调解书, 但调解书仍发生法律效力
- B. 因王某未签收调解书, 调解书对王某没有约束力
- C. 李某拒不履行义务时, 张某可以申请执行李某的财产
- D. 李某拒不履行义务时, 调解书约定的条件成就时, 张某可以申请执行王某的财产

2. (2006-3-46)^② 甲公司诉乙公司合同纠纷一案, 双方达成调解协议。法院制作调解书并送达双方当事人后, 发现调解书的内容与双方达成的调解协议不一致, 应当如何处理?

- A. 应当根据调解协议, 裁定补正调解书的相关内容
- B. 将原调解书收回, 按调解协议内容作出判决
- C. 应当适用再审程序予以纠正
- D. 将原调解书收回, 重新制作调解书送达双方当事人

3. (2003-3-68)^③ 甲公司诉乙公司侵权一案, 在市中级人民法院作出二审判决之后, 甲公司新发现一重要证据, 遂向省高级人民法院申请再审。省高级人民法院受理后, 甲公司与乙公司达成了调解协议。在此情况下, 下列哪些说法是错误的?

- A. 由省高级人民法院作出撤销原判决的裁定
- B. 由省高级人民法院制作调解书并注明撤销原判决
- C. 在当事人达成调解协议的同时, 该判决自动撤销
- D. 制作调解书送达当事人双方后, 该判决视为撤销

① ACD。案外人提供担保的, 人民法院制作调解书应当列明担保人, 并将调解书送交担保人。担保人不签收调解书的, 不影响调解书生效。由此, A 项的说法正确, B 项的说法错误。根据《民事调解规定》第 13 条规定, C 项的说法正确。根据《民事调解规定》第 9 条规定, D 项的说法正确。本题正确答案是 ACD。

② A。当事人以民事调解书与调解协议的原意不一致为由提出异议, 人民法院审查后认为异议成立的, 应当根据调解协议裁定补正民事调解书的相关内容。本题中尽管是法院发现调解书的内容与双方达成的调解协议不一致, 但由于调解书一经送达双方当事人即发生法律效力, 并且此种情形也不适用审判监督程序的规定, 因此法院应参照前述规定, 根据调解协议裁定补正调解书的相关内容。

③ ABC。



4. (2003-3-70)^① 对下列哪些案件调解达成协议的, 人民法院可以不制作民事调解书?

A. 被告拖欠原告贷款 10 万元, 双方达成协议, 被告在 1 个月内付清, 原告不要求被告支付拖欠期间的贷款利息

B. 赔偿案件中的被告人在国外, 与原告达成赔偿协议, 同意在 2 个月内赔付

C. 赡养案件中当事人双方达成协议, 被告愿意每月向原告支付赡养费 200 元, 原告申请撤诉

D. 收养案件中当事人双方达成协议, 维持收养关系



^① CD。

第八讲 财产保全、先予执行与强制措施

【本讲概要】 本讲应当了解财产保全和先予执行的概念与意义、财产保全的措施，对妨害民事诉讼的强制措施的概念和性质、妨害民事诉讼行为的种类、对妨害民事诉讼的强制措施的种类。理解诉前保全、诉讼保全和先予执行的条件，妨害民事诉讼行为的构成要件。熟悉先予执行的适用范围、拘传与拘留的适用。

考点一 财产保全

重点法条

★★第九十二条 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。

人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请。

人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

★第九十三条 利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，驳回申请。

人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

申请人在人民法院采取保全措施后十五日内不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

★第九十四条 财产保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物。

财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。

人民法院冻结财产后，应当立即通知被冻结财产的人。

财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。

★第九十五条 被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

★第九十六条 申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

【关联法条】

《民诉意见》

★99. 人民法院对季节性商品、鲜活、易腐烂变质以及其他不宜长期保存的物品采取保全措施时，可以责令当事人及时处理，由人民法院保存价款；必要时，人民法院可予以变卖，保存价款。

★102. 人民法院对抵押物、留置物可以采取财产保全措施，但抵押权人、留置权人有优先受偿权。

★103. 对当事人不服一审判决提出上诉的案件，在第二审人民法院接到报送的案件之前，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取财产保全措施的，由第一审人民法院依当事人申请或依职权采取。第一审人民法院制作的财产保全的裁定，应及时报送第二审人民法院。

考点解析

财产保全是指人民法院根据利害关系人或者当事人的申请，在有关的财产可能被转移、隐匿、毁灭等情形时，依照职权采取一定的财产保护措施，以保证将来生效裁判的顺利执行。申请财产保全是民事诉讼当事人的一项重要诉讼权利。

（一）财产保全的种类

根据财产保全采取的阶段不同，可以将其分为诉前财产保全和诉讼中财产保全两类。

1. 诉前财产保全

诉前财产保全是指在起诉前，利害关系人的合法权益面临紧急情况，需要采取保护性的临时措施，使其合法权益免受难以弥补的损害，人民法院予以准许而对有关的财产采取的保护措施。

“利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，驳回申请。”根据此条规定，诉前财产保全的适用条件为：

（1）在起诉前，财产权益争议的一方主体占有财产，并使其有转移、隐藏或者灭失的现实可能性，利害关系人与他人之间存在争议的法律关系所涉及的财产处于情况紧急的状态下，不立即采取财产保全措施将有可能使利害关系人的合法权益遭受到不可弥补的现实危险，具有时间上的紧迫性。

（2）必须由利害关系人向财产所在地的人民法院提出申请，人民法院不能依职权采取。

（3）申请人应当提供担保，如果申请人不提供担保的，驳回其申请，不采取财产保全措施。

2. 诉讼中财产保全

诉讼中财产保全是指在诉讼过程中，可能由于一方当事人的行为或者其他原因，使人民法院的判决不能执行或者难以执行，可以根据对方当事人的申请或者依职权对争议的财产或一方当事人持有的财产采取一定的保全措施。

“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。”根据此规定，诉讼中财产保全的适用条件为：

（1）在诉讼过程中，一方当事人可能实施某种行为或者发生其他原因，可能致使人民法院审理后作出的判决不能执行或者难以执行。

（2）可以由当事人主动提出申请，也可由人民法院依职权决定采取。

（3）当事人提出申请只能向受诉人民法院提出，受诉法院可以责令申请人提供担保，



申请人不提供担保的，驳回申请。

3. 诉前财产保全与诉讼中财产保全的区别

诉前财产保全与诉讼中财产保全之间存在不同，如下表所示。

区 别	诉前财产保全	诉讼中财产保全
提起的时间不同	必须在诉讼开始之前	在诉讼进行之中
提起的主体不同	只能由利害关系人提出	由当事人申请或者人民法院依照职权采取
是否要提供担保不同	应当提供担保	可以提供担保
法院作出财产保全裁定的时限不同	必须在 48 小时内作出裁定	只有对情况紧急的，才必须在 48 小时内作出裁定，其他情况则可在 48 小时之外作出裁定
财产保全措施解除的条件不同	申请人在 15 日内不起诉，人民法院予以解除	被申请人提供担保的，予以解除

(二) 财产保全的适用程序

1. 财产保全的申请及担保

财产保全应当由当事人提交申请，申请可采取书面形式或口头形式。

(1) 诉前财产保全由利害关系人提出，申请人必须提供担保。根据最高人民法院《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第 12 条的规定，人民法院采取诉前财产保全，必须由申请人提供相当于请求保全数额的担保。

(2) 诉讼中财产保全由当事人提出申请，或者由人民法院依职权决定，法院“可以”责令申请人提供担保。对于人民法院依“职权”采取财产保全的情形，最高人民法院在《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第 13 条中规定，人民法院对财产采取诉讼保全措施，一般应当由当事人提交符合法定条件的申请。只有在诉讼争议的财产有毁损、灭失等危险，或者有证据表明被申请人可能采取隐匿、转移、出卖其财产的，人民法院方可依职权裁定采取财产保全措施。

要求申请人提供担保而申请人拒绝提供的，人民法院依法驳回其申请。在采取诉前财产保全和诉讼中财产保全时责令申请人提供担保的，提供担保的数额应相当于请求保全的数额。

2. 财产保全的裁定

人民法院于对申请人的申请，经过审查，认为不符合财产保全条件的，应裁定驳回其申请；认为符合财产保全条件，又按要求提供了担保的，必须及时裁定采取财产保全措施。

对于诉前财产保全，人民法院接受申请后，必须在 48 小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

对于诉讼中财产保全，人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在 48 小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行，有关单位有义务协助人民法院执行。

诉讼中的财产保全裁定的效力一般应维持到生效的法律文书执行时止。在诉讼过程中，需要解除保全措施的，人民法院应及时作出裁定，解除保全措施。人民法院解除财产



保全时，财产保全的裁定即失去效力。

当事人不服人民法院财产保全裁定的，可以申请复议一次，复议期间不停止裁定的执行。

3. 财产保全的交付执行

人民法院裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

《民诉意见》第103条规定，对当事人不服一审判决提出上诉的案件，在第二审人民法院接到报送的案件之前，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取财产保全措施的，由第一审人民法院依当事人申请或依职权采取。第一审人民法院制作的财产保全的裁定，应及时报送第二审人民法院。

4. 财产保全的范围

财产保全的范围，“财产保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物”。所谓请求的范围，是指保全的财产其价值与诉讼请求相当或与利害关系人的请求相当；与本案有关的财物，是指本案的标的物，可供将来执行法院判决的财物或利害关系人请求予以保全的财物。

5. 财产保全的措施

对于裁定财产保全的，财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。人民法院冻结财产后，应当立即通知被冻结财产的人。财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。

(1) 人民法院对季节性商品、鲜活、易腐烂变质以及其他不宜长期保存的物品采取保全措施时，可以责令当事人及时处理，由人民法院保存价款；必要时，人民法院可予以变卖，保存价款。

(2) 人民法院在财产保全中采取查封、扣押财产措施时，应当妥善保管被查封、扣押的财产。当事人、负责保管的有关单位或个人以及人民法院都不得使用该项财产。

(3) 人民法院对不动产和特定的动产（如车辆、船舶等）进行财产保全，可以采用扣押有关财产权证照并通知有关产权登记部门不予办理该项财产的转移手续的财产保全措施；必要时，也可以查封或扣押该项财产。

(4) 人民法院对抵押物、留置物可以采取财产保全措施，但抵押权人、留置权人有优先受偿权。

(5) 人民法院对债务人到期应得的收益，可以采取财产保全措施，限制其支取，通知有关单位协助执行。债务人的财产不能满足保全请求，但对第三人有到期债权的，人民法院可以依债权人的申请裁定该第三人不得对本案债务人清偿。该第三人要求偿付的，由人民法院提存财物或价款。

(6) 人民法院对有偿还能力的企业法人，一般不得采取查封、冻结的保全措施。已采取查封、冻结保全措施的，如该企业法人提供了可供执行的财产担保，或者可以采取其他方式保全的，应当及时予以解封、解冻。

(7) 法律规定的其他方法。

6. 财产保全措施的解除

财产保全措施因以下原因之一而解除：

(1) 诉前保全措施采取后，利害关系人在15日内未起诉的；

(2) 被申请人向人民法院提供担保的；



(3) 申请人在财产保全期间撤回申请, 人民法院同意其撤回申请的;

(4) 人民法院确认被申请人申请复议意见有理, 而作出新裁定, 撤销原财产保全裁定的;

(5) 被申请人依法履行了人民法院判决的义务, 财产保全已没有存在意义的。

此外, 对被申请人的银行存款予以冻结, 一次冻结的有效期为 6 个月, 如果超过了 6 个月, 而当事人没有继续要求财产保全并且人民法院没有裁定继续采取保全措施的, 原冻结措施自动解除。

人民法院裁定采取财产保全措施后, 除作出保全裁定的人民法院自行解除和其上级人民法院决定解除外, 在财产保全期限内, 任何单位都不得解除保全措施。

7. 财产保全错误的赔偿

(1) 人民法院根据申请而采取保全措施的, “申请有错误的, 申请人应赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失”。

(2) 人民法院依职权而采取的财产保全措施, 产生错误的, 由人民法院进行国家赔偿。

真题演练

1. (2008-3-43)^① 甲公司以乙公司为被告向法院提起诉讼, 要求乙公司支付拖欠的货款 100 万元。在诉讼中, 甲公司申请对乙公司一处价值 90 万元的房产采取保全措施, 并提供担保。一审法院在作出财产保全裁定之后发现, 乙公司在向丙银行贷款 100 万元时已将该房产和一辆小轿车抵押给丙银行。关于本案, 下列哪一说法是正确的?

- A. 一审法院不能对该房产采取保全措施, 因为该房产已抵押给丙银行
- B. 一审法院可以对该房产采取保全措施, 但是需要征得丙银行的同意
- C. 一审法院可以对该房产采取保全措施, 但是丙银行仍然享有优先受偿权
- D. 一审法院可以对该房产采取保全措施, 同时丙银行的优先受偿权丧失

2. (2008-3-87)^② A 地甲公司与 B 地乙公司签订买卖合同, 约定合同履行地在 C 地, 乙到期未能交货。甲多次催货未果, 便向 B 地基层法院起诉, 要求判令乙按照合同约定交付货物, 并支付违约金。法院受理后, 甲得知乙将货物放置于其设在 D 地的仓库, 并且随时可能转移。下列哪些选项是错误的?

- A. 甲如果想申请财产保全, 必须向货物所在地的 D 地基层法院提出
- B. 甲如果要向法院申请财产保全, 必须提供担保
- C. 受诉法院如果认为确有必要, 可以直接作出财产保全裁定
- D. 法院受理甲的财产保全申请后, 应当在 48 小时内作出财产保全裁定

3. (2006-3-45)^③ 某法院对齐某诉黄某借款一案作出判决, 黄某提起上诉。在一审法院将诉讼材料报送二审法院前, 齐某发现黄某转移财产。下列关于本案财产保全的哪种说法是正确的?

① C。

② ABD。

③ D。《民诉意见》第 103 条规定, 对当事人不服一审判决提出上诉的案件, 在第二审人民法院接到报送的案件之前, 当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为, 必须采取财产保全措施的, 由第一审人民法院依当事人申请或依职权采取。第一审人民法院制作的财产保全的裁定, 应及时报送第二审人民法院。因此, 本题中齐某应向一审法院提出申请, 由一审法院裁定财产保全。

- A. 齐某向二审法院提出申请,由二审法院裁定财产保全
B. 齐某向二审法院提出申请,二审法院可以指令一审法院裁定财产保全
C. 齐某向一审法院提出申请,一审法院将申请报送二审法院裁定财产保全
D. 齐某向一审法院提出申请,由一审法院裁定财产保全
4. (2003-3-71)^① 关于民事诉讼财产保全制度,下列哪些说法是正确的?
A. 诉前保全必须由当事人提出申请并提供担保,人民法院方可作出保全裁定
B. 财产保全申请确有错误的,申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失
C. 财产保全限于请求的范围,或者与本案有关的财物
D. 当事人对财产保全裁定不服的,可以申请复议一次

考点二 先予执行

重点法条

★★第九十七条 人民法院对下列案件,根据当事人的申请,可以裁定先予执行:

- (一) 追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的;
(二) 追索劳动报酬的;
(三) 因情况紧急需要先予执行的。

★第九十八条 人民法院裁定先予执行的,应当符合下列条件:

- (一) 当事人之间权利义务关系明确,不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的;
(二) 被申请人有履行能力。

人民法院可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,驳回申请。申请人败诉的,应当赔偿被申请人因先予执行遭受的财产损失。

★第九十九条 当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的,可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

【关联法条】

《民诉意见》

★106. 民事诉讼法规定的先予执行,人民法院应当在受理案件后终审判决作出前采取。先予执行应当限于当事人诉讼请求的范围,并以当事人的生活、生产经营的急需为限。

★107. 民事诉讼法第九十七条第(三)项规定的紧急情况,包括:

- (1) 需要立即停止侵害、排除妨碍的;
(2) 需要立即制止某项行为的;
(3) 需要立即返还用于购置生产原料、生产工具货款的;
(4) 追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的。

★110. 对当事人不服财产保全、先予执行裁定提出的复议申请,人民法院应及时审查。裁定正确的,通知驳回当事人的申请;裁定不当的,作出新的裁定变更或者撤销原裁定。

^① ABCD。



先予执行是指人民法院在诉讼过程中,为解决权利人生活或生产经营的急需,根据当事人的申请,裁定一方当事人向另一方当事人预先支付一定数额的金钱或其他财物的法律制度。先予执行是为了解决诉讼中部分主体经济困难,难以维持正常生活,或者难以组织正常的生产经营等情况而设立的一种制度,其目的在于保护弱者,及时保护当事人的合法权益。

(一) 先予执行的适用条件

人民法院裁定先予执行的,应当符合下列条件:

1. 当事人之间权利义务关系明确,原、被告之间不存在对待给付的问题。
2. 当事人之间所争之诉必须是给付之诉。
3. 不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的。
4. 被申请人有履行能力。
5. 属于人民法院裁定先予执行案件的范围。可以裁定先予执行的案件,主要包括:
 - (1) 追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的。
 - (2) 追索劳动报酬的。

(3) 因情况紧急需要先予执行的。对于此种情形,根据《民诉意见》的规定,所包含的案件有:①需要立即停止侵害,排除妨碍的;②需要立即制止某项行为的;③需要立即返还用于购置生产原料、生产工具贷款的;④追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的。

按照最高人民法院《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第17条的规定,人民法院对当事人申请先予执行的案件,只有在案件的基本事实清楚,当事人间的权利义务关系明确,被申请人负有给付、返还或者赔偿义务,先予执行的财产为申请人生产、生活所急需,不先予执行会造成更大损失的情况下,才能采取先予执行的措施。

(二) 先予执行的程序

1. 先予执行的申请和担保

申请先予执行,必须由权利人向受诉人民法院提出书面申请,申请书应写明申请先予执行的根据和理由,并提供对方当事人有履行能力的情况。人民法院可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,驳回申请。

人民法院不能在没有权利人提出申请的情况下依职权主动采取措施。人民法院先予执行的裁定,应当由当事人提出书面申请,并经开庭审理后作出。在管辖权尚未确定的情况下,不得裁定先予执行。

2. 先予执行的裁定及执行

人民法院对符合先予执行条件的申请,应当及时作出先予执行的裁定。裁定送达后即发生法律效力,义务人不服可以申请复议一次,但复议期间,不停止先予执行裁定的效力。对当事人不服先予执行裁定提出的复议申请,人民法院应及时审查。裁定正确的,通知驳回当事人的申请;裁定不当的,作出新的裁定变更或者撤销原裁定。

义务人应当依裁定履行义务,拒不履行义务的,人民法院可以根据权利人的申请或依



职权决定采取执行措施强制执行。义务人申请复议有理的，人民法院应当裁定撤销原裁定。若原裁定已执行的，人民法院应当采取执行回转措施。

人民法院采取先予执行措施后，申请先予执行的当事人申请撤诉的，人民法院应当及时通知对方当事人、第三人或有关的案外人。在接到通知至准予撤诉的裁定送达前，对方当事人、第三人及有关的案外人，对撤诉提出异议的，应当裁定驳回撤诉申请。

3. 先予执行的后果

(1) 人民法院在案件审理终结时，应当在裁判中对先予执行的裁定及该裁定的执行情况予以说明及提出处理意见。权利人胜诉，先予执行正确的，人民法院应在判决中说明权利人应享有的权利在先予执行中已得到全部或部分的实现，对已经履行的部分应当扣除。

(2) 权利人败诉，先予执行错误的，应当由申请人赔偿被申请人因先予执行遭受的财产损失。人民法院先予执行后，依发生法律效力判决，申请人应当返还因先予执行所取得的利益的，适用《民事诉讼法》执行回转的规定。

真题演练

1. (2006-3-82)^① 根据法律规定，权利人或利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为，可以在起诉前向法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。下列哪些行为可以申请采取该措施？

- A. 著作权人或者与著作权有关的权利人对于侵犯著作权的行为
- B. 专利权人或者利害关系人对于侵犯其专利权的行为
- C. 商标注册人或者利害关系人对于侵犯其注册商标专用权的行为
- D. 继承人对于侵犯其应继承财产的行为

2. (2004-3-98~100) 某省电视剧制作中心摄制的作品《星空》正式播出前，邻省的某音像公司制作了盗版光盘。制作中心发现后即向音像公司所在地的某区法院起诉，并在法院立案后，请求法院裁定音像公司停止生产光盘。音像公司在接到应诉通知书及停止生产光盘的裁定后，认为自己根本不是盗版，故继续生产光盘。请回答以下 98~100 题。

98.^② 对于本案，何种确定管辖的方式是正确的？

- A. 以被告所在地确定管辖法院
- B. 以该光盘销售地确定管辖法院
- C. 以光盘生产地确定管辖法院
- D. 以原告所在地确定管辖

99.^③ 法院裁定音像公司停止生产光盘是什么措施？

- A. 诉前财产保全
- B. 诉讼财产保全
- C. 证据保全
- D. 先予执行

100.^④ 被告在法院作出停止生产光盘的裁定后仍继续生产，法院可如何处理？

- A. 尽快判决被告败诉并开始执行

^① ABCD。根据《著作权法》第 4 条、《商标法》第 7 条和《专利法》第 151 条规定的保护知识产权的诉前临时措施。A 项、B 项、C 项正确。依据《民事诉讼法》第 93 条关于诉前财产保全的规定，D 项正确。

^② ABC。

^③ D。

^④ BCD。



- B. 采取强制执行措施
- C. 对主要负责人或直接责任人员实施拘留
- D. 对音像公司处以罚款

考点三 对妨害民事诉讼的强制措施

重点法条

★第一百条 人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。

★★★第一百零四条 对个人的罚款金额，为人民币一万元以下。对单位的罚款金额，为人民币一万元以上三十万元以下。

拘留的期限，为十五日以下。

被拘留的人，由人民法院交公安机关看管。在拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，人民法院可以决定提前解除拘留。

★第一百零五条 拘传、罚款、拘留必须经院长批准。

拘传应当发拘传票。

罚款、拘留应当用决定书。对决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止执行。

【关联法条】

《民诉意见》

★★112. 民事诉讼法第一百条规定的必须到庭的被告，是指负有赡养、抚育、扶养义务和不到庭就无法查清案情的被告。

给国家、集体或他人造成损害的未成年人的法定代理人，如其必须到庭，经两次传票传唤无正当理由拒不到庭的，也可以适用拘传。

★113. 拘传必须用拘传票，并直接送达被拘传人；在拘传前，应向被拘传人说明拒不到庭的后果，经批评教育仍拒不到庭的，可拘传其到庭。

★115. 被拘留人不在本辖区的，作出拘留决定的人民法院应派员到被拘留人所在地的人民法院，请该院协助执行，受委托的人民法院应及时派员协助执行。被拘留人申请复议或者在拘留期间承认并改正错误，需要提前解除拘留的，受委托人民法院应向委托人民法院转达或者提出建议，由委托人民法院审查决定。

★121. 被罚款、拘留的人不服罚款、拘留决定申请复议的，上级人民法院应在收到复议申请后五日内作出决定，并将复议结果通知下级人民法院和当事人。

考点解析

民事诉讼中的强制措施，是指人民法院在民事诉讼中，为了维护正常的诉讼秩序，保障民事审判和执行活动的顺利进行，对有妨害民事诉讼秩序行为的行为人，所采取的具有制裁行动的一种强制措施。

（一）妨害民事诉讼行为的构成条件

1. 行为主体。既可以是当事人，也可以是其他诉讼参与人，还可以是案外人。





2. 有妨害民事诉讼行为的发生,包括作为与不作为。
3. 在诉讼过程中实施。
4. 行为人实施妨害民事诉讼的行为主观上是故意的。
5. 客观上妨害了民事诉讼的正常进行,但尚未构成犯罪。

但根据最高人民法院的有关司法解释,在诉讼外实施的行为,符合一定情形的,也构成妨害民事诉讼的行为,即在人民法院执行完毕后,被执行人或者其他人对已执行的标的有妨害行为的,法院应当采取措施,排除妨害。因妨害行为给申请执行人或者其他造成损失的,受害人可以另行起诉。

(二) 妨害民事诉讼行为的种类

妨害民事诉讼的行为主要包括:

1. 必须到庭的被告,经两次传票传唤,无正当理由拒不到庭。必须到庭的被告,是指负有赡养、抚养、扶养义务和不到庭就无法查清案情的被告。
2. 违反法庭规则,扰乱法庭秩序的行为。
3. 妨害诉讼证据的收集、调查和阻拦、干扰诉讼进行的行为,包括:
 - (1) 伪造、毁灭重要证据,妨害人民法院审理案件。
 - (2) 以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或指使、贿买、胁迫他人作伪证。
 - (3) 隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产或已被清点并责令其保护的财产,转移已被冻结的财产。
 - (4) 对司法工作人员、诉讼参与人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人,进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或打击报复。
 - (5) 以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务。
 - (6) 拒不执行人民法院已生效的裁判。
4. 有义务协助调查、执行的单位或组织,拒不履行义务的行为,包括:
 - (1) 有关单位拒绝或妨碍法院调查取证。
 - (2) 银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位接到人民法院协助执行通知后,拒不协助查询、冻结或划拨存款等。
 - (3) 有关单位接到人民法院协助执行通知书后,拒不协助扣留被执行人的收入,拒不办理有关财产权证照转移手续,拒不转交有关票证、证照或其他财产。
 - (4) 其他拒绝协助执行的行为。按照最高人民法院有关的司法解释,其他拒绝协助执行的行为有:①擅自转移已被人民法院冻结的存款,或擅自解冻的;②以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员查询、冻结、划拨银行存款的;③接到人民法院协助执行通知后,给当事人通风报信,协助其转移、隐匿财产的。
5. 采取非法拘禁他人或者非法私自扣押他人财产的方式追索债务的行为。

(三) 民事诉讼强制措施的种类

妨害民事诉讼强制措施共有拘传、训诫、责令退出法庭、罚款和拘留五种,采取对妨害民事诉讼的强制措施必须由人民法院决定。任何单位和个人采取非法拘禁他人或者非法私自扣押他人财产追索债务的,应当依法追究刑事责任,或者予以拘留、罚款。

1. 拘传。拘传适用的条件为:①是必须到庭的被告,是指负有赡养、抚育、扶养义务和不到庭就无法查清案情的被告;②经人民法院两次传票传唤;③无正当理由拒绝出庭



的。这时人民法院有权强制其到庭。

另外，给国家、集体或他人造成损害的未成年人的法定代理人，如其必须到庭，经两次传票传唤无正当理由拒不到庭的，也可以适用拘传。

拘传必须用拘传票，并直接送达被拘传人。在拘传前，应向被拘传人说明拒不到庭的后果，经批评教育仍拒不到庭的，可拘传其到庭。

2. 训诫。训诫适用的对象是违反法庭规则的人。

3. 责令退出法庭。责令退出法庭是指在开庭审理中，人民法院对于违反法庭规则的人，强制其离开法庭的措施。

4. 罚款。罚款是人民法院对实施妨害民事诉讼行为情节比较严重的人，责令其在规定的时间内，交纳一定数额的金钱。对个人的罚款金额，为人民币1万元以下。对单位的罚款金额，为人民币1万元以上30万元以下。

5. 拘留。这里指的是司法拘留，不同于刑事拘留和行政拘留。拘留期限为15日以下。应经院长批准，作出拘留决定书，由司法警察将被拘留人送交当地公安机关看管。被拘留人在拘留期间认错悔改的，可以责令其具结悔过，提前解除拘留。提前解除拘留，应报经院长批准，并作出提前解除拘留决定书，交负责看管的公安机关执行。

被拘留人不在本辖区的，作出拘留决定的人民法院应派员到被拘留人所在地的人民法院，请该院协助执行，受委托的人民法院应及时派员协助执行。被拘留人申请复议或者在拘留期间承认并改正错误，需要提前解除拘留的，受委托人民法院应向委托人民法院转达或者提出建议，由委托人民法院审查决定。

（四）民事诉讼强制措施适用

1. 人民法院对哄闹、冲击法庭、侮辱、诽谤、威胁、殴打审判人员，严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任；情节较轻的，予以罚款、拘留。如果情况紧急，必须立即采取拘留措施的，可在拘留后，立即报告院长补办批准手续。院长认为拘留不当的，应当解除拘留。

2. 诉讼参与人或者其他有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：①伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；②以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的；③隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的；④对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的；⑤以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的；⑥拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 有义务协助调查、执行的单位有下列行为之一的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款：①有关单位拒绝或者妨碍人民法院调查取证的；②银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助查询、冻结或者划拨存款的；③有关单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助扣留被执行人的收入、办理有关财产权证照转移手续、转交有关票证、证照或者其他财产的；④其他拒绝协助执行的。人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款；还可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议。

4. 拘传、罚款、拘留必须经院长批准。罚款、拘留应当用决定书。对决定不服的,可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止执行。被罚款、拘留的人不服罚款、拘留决定申请复议的,上级人民法院应在收到复议申请后5日内作出决定,并将复议结果通知下级人民法院和当事人。上级人民法院复议时认为强制措施不当,应当制作决定书,撤销或变更下级人民法院的拘留、罚款决定。情况紧急的,可以在口头通知后3日内发出决定书。

5. 罚款、拘留可以单独适用,也可以合并适用。对同一妨害民事诉讼行为的罚款、拘留不得连续适用。但发生了新的妨害民事诉讼的行为,人民法院可以重新予以罚款、拘留。

真题演练

1. (2009-3-97~100) 常年居住在Y省A县的王某早年丧妻,独自一人将两个儿子和一个女儿养大成人。大儿子王甲居住在Y省B县,二儿子王乙居住在Y省C县,女儿王丙居住在W省D县。2000年以来,王某的日常生活费用主要来自大儿子王甲每月给的800元生活费。2003年12月,由于物价上涨,王某要求二儿子王乙每月也给一些生活费,但王乙以自己没有固定的工作、收入不稳定为由拒绝。于是,王某将王乙告到法院,要求王乙每月支付给自己赡养费500元。根据上述事实,请回答以下97~100题。

97. ① 关于本案当事人的确定,下列选项正确的是:

- A. 王某是本案的唯一原告
- B. 王乙是本案的唯一被告
- C. 王乙与王丙应当是本案的被告,王甲不是本案的被告
- D. 王乙、王丙和王甲应当是本案的被告

98. ② 关于对本案享有管辖权的法院,下列选项正确的是:

- A. Y省A县法院
- B. Y省B县法院
- C. Y省C县法院
- D. W省D县法院

99. ③ 诉讼过程中,Y省适逢十年不遇的冰雪天气,王某急需生煤炉取暖,但已无钱买煤。王某听说王乙准备把自己存折上3000多元钱转到一个朋友的账户上。对此,王某可以向法院申请采取的措施是:

- A. 对妨害民事诉讼的强制措施
- B. 诉讼保全措施
- C. 证据保全措施
- D. 先予执行措施

100. ④ 本案于2004年6月调解结案,王某生活费有了增加。但2008年3月后,由于王某经常要看病,原调解书确定王乙所给的赡养费用及王甲所给费用已经不足以维持王某的日常开支,王某欲增加赡养费。对此,王某可以采取的法律措施是:

- A. 增加诉讼请求,要求法院对原来的案件继续审理
- B. 申请对原来的案件进行再审
- C. 另行提起诉讼

-
- ① AD。
 - ② ABCD。
 - ③ BD。
 - ④ C。



D. 根据一事不再理的原则，王某不可以要求继续审理或申请再审，也不可以另行起诉，只可以协商解决

2. (2002-3-80)^① 汪自强因遗产继承纠纷涉讼，汪为争夺遗产在诉讼过程中伪造遗嘱，指使他人提供伪证，法院认为汪的行为已构成犯罪。对汪的犯罪行为法院的下列哪些做法不符合有关司法解释？

- A. 应将汪自强移交刑事审判庭处理
- B. 直接由审理该案的审判组织予以审理
- C. 应按刑事诉讼法的规定办理
- D. 应由民事审判庭另行组成合议庭审理



^① BD。

第九讲 普 通 程 序

【本讲概要】 本讲应当了解普通程序的概念、开庭审理前的准备、开庭审理。理解起诉的条件、各种不予受理情形的规定、撤诉与缺席判决的条件、诉讼中止和终结的法定事由及法律效果。熟悉起诉制度、一事不再理原则的内容、撤诉制度、缺席判决制度以及诉讼中止和诉讼终结制度并能加以运用。

考点一 普通程序的基本阶段

重点法条

★★第一百零八条 起诉必须符合下列条件：

- (一) 原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；
- (二) 有明确的被告；
- (三) 有具体的诉讼请求和事实、理由；
- (四) 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

★★★第一百一十一条 人民法院对符合本法第一百零八条的起诉，必须受理；对下列起诉，分别情形，予以处理：

- (一) 依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼；
- (二) 依照法律规定，双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁；
- (三) 依照法律规定，应当由其他机关处理的争议，告知原告向有关机关申请解决；
- (四) 对不属于本院管辖的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；
- (五) 对判决、裁定已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告按照申诉处理，但人民法院准许撤诉的裁定除外；
- (六) 依照法律规定，在一定期限内不得起诉的案件，在不得起诉的期限内起诉的，不予受理；

(七) 判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。

★★第一百一十二条 人民法院收到起诉状或者口头起诉，经审查，认为符合起诉条件的，应当在七日内立案，并通知当事人；认为不符合起诉条件的，应当在七日内裁定不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉。

★第一百一十三条 人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告在收到之日起十五日内提出答辩状。

被告提出答辩状的，人民法院应当在收到之日起五日内将答辩状副本发送原告。被告

不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

★第一百一十四条 人民法院对决定受理的案件，应当在受理案件通知书和应诉通知书中向当事人告知有关的诉讼权利义务，或者口头告知。

★第一百一十五条 合议庭组成人员确定后，应当在三日内告知当事人。

★★★第一百二十条 人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。

离婚案件，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。

★第一百二十四条 法庭调查按照下列顺序进行：

（一）当事人陈述；

（二）告知证人的权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言；

（三）出示书证、物证和视听资料；

（四）宣读鉴定结论；

（五）宣读勘验笔录。

★第一百三十三条 书记员应当将法庭审理的全部活动记入笔录，由审判人员和书记员签名。

法庭笔录应当当庭宣读，也可以告知当事人和其他诉讼参与人当庭或者在五日内阅读。当事人和其他诉讼参与人认为对自己的陈述记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如果不予补正，应当将申请记录在案。

法庭笔录由当事人和其他诉讼参与人签名或者盖章。拒绝签名盖章的，记明情况附卷。

★第一百三十四条 人民法院对公开审理或者不公开审理的案件，一律公开宣告判决。

当庭宣判的，应当在十日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。

宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的法院。

宣告离婚判决，必须告知当事人在判决发生法律效力前不得另行结婚。

★第一百三十五条 人民法院适用普通程序审理的案件，应当在立案之日起六个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准，可以延长六个月；还需要延长的，报请上级人民法院批准。

【关联法条】

《民诉意见》

★139. 起诉不符合受理条件的，人民法院应当裁定不予受理。立案后发现起诉不符合受理条件的，裁定驳回起诉。不予受理的裁定书由负责审查立案的审判员、书记员署名；驳回起诉的裁定书由负责审理该案的审判员、书记员署名。

★140. 当事人在诉状中有谩骂和人身攻击之词，送达副本可能引起矛盾激化，不利于案件解决的，人民法院应当说服其实事求是地修改。坚持不改的，可以送达起诉状副本。

★141. 对本院没有管辖权的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；原告坚持起诉的，裁定不予受理；立案后发现本院没有管辖权的，应当将案件移送有管辖权的人民法院。

★142. 裁定不予受理、驳回起诉的案件，原告再次起诉的，如果符合起诉条件，人民法院应予受理。



★143. 原告应当预交而未预交案件受理费，人民法院应当通知其预交，通知后仍不预交或者申请减、缓、免未获人民法院批准而仍不预交的，裁定按自动撤诉处理。

★★★152. 赡养费、扶养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应作为新案受理。

★★★153. 当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。

考点解析

(一) 起诉

起诉是指民事权益纠纷主体向人民法院提起诉讼，请求人民法院依照法定程序进行审判，来保护自己合法权益的行为。起诉是当事人获得司法保护的手段，也是人民法院对民事案件行使审判权的前提。

1. 起诉的条件

起诉的条件是指当事人向人民法院起诉时应当具备的法定要件。当事人的起诉要得到人民法院的受理，必须具备法律规定的起诉条件。起诉必须具备以下条件：

(1) 原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织。

首先，原告必须是有诉讼权利能力的公民、法人或其他组织；其次，与案件不存在直接法律上利害关系的人，无权向人民法院提起诉讼。

(2) 有明确的被告。

原告起诉必须明确提出侵犯自己权益或与自己发生争议的对方当事人。当然，这里强调“有”明确的被告，至于被告是否适格，是否需要承担民事责任，则需要审判之后才能决定。

(3) 有具体的诉讼请求、事实和理由。

所谓“具体的诉讼请求”，是指原告起诉时必须提出要求人民法院保护的具体内容，即要求人民法院判令被告履行某种义务，或者解除、变更某种民事法律关系，或者确认某种法律关系是否存在。所谓“事实和理由”，是指原告必须向人民法院提供一定的案件事实，提出必要的证据，以证明自己提出的诉讼请求是正当。最高人民法院《民事证据规定》要求：“原告向人民法院起诉或者被告提出反诉，应当附有符合起诉条件的相应的证据材料。”同样，这里也仅是强调“有”具体的诉讼请求、事实和理由，对于这些诉讼请求、事实和理由并不作实质性的审查。

(4) 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

原告起诉的案件必须属于人民法院受理民事案件的范围，属于人民法院主管的案件，同时，受诉的法院必须对案件有管辖权，才能受理。

2. 起诉的方式

“起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。”由此，起诉的方式有两种，一是书面起诉，二是口头起诉。以书面起诉为原则，以口头起诉为例外。

(1) 书面起诉。起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告的人数提交起诉状副本。原告向人民法院提交的起诉状，应当按照规定的格式书写。对于起诉状的内容，起诉状应当记明下列事项：





① 当事人的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务。

② 诉讼请求和所根据的事实与理由。

③ 证据和证据来源，证人姓名和住所。

④ 受诉法院的名称、起诉的时间、起诉人签名或盖章。起诉状应当按照法律规定的内容书写，内容如有欠缺的，受诉人民法院应当告知原告限期补正。

(2) 口头起诉。书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，原告应按起诉状应具备的内容，向人民法院作口头陈述，由人民法院记入笔录，经审查后告知对方当事人。

(二) 受理

原告向人民法院起诉之后，人民法院应当对起诉进行审查，以决定是否受理。受理是指人民法院接受原告起诉，并启动诉讼程序的行为，也就是通常所说的立案。当事人的起诉行为只有与法院的受理行为相结合，才能引起民事诉讼程序的开始。人民法院对起诉进行审查，审查合格就接受起诉，否则就裁定不予受理。

1. 人民法院审查起诉的内容

人民法院对原告的起诉，主要应从以下几个方面进行审查：

(1) 审查起诉是否符合法定的四个条件，即审查原告是否是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；是否有明确的被告；是否有具体的诉讼请求和事实、理由；是否属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

(2) 审查起诉手续是否完备，起诉书内容是否明确具体。对此，根据《民诉意见》第140条的规定：当事人在诉状中有谩骂和人身攻击之词，送达副本可能引起矛盾激化，不利于案件解决的，人民法院应当说服其实事求是地修改。坚持不改的，可以送达起诉状副本。

(3) 特殊情形的处理，对于以下情况，应当分别予以处理：

① 依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼。

② 依照法律规定，双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁。对此，根据《民诉意见》的规定，应分以下情况进行处理：其一，当事人在书面合同中订有仲裁条款，或者在发生纠纷后达成书面仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院裁定不予受理，告知原告向仲裁机构申请仲裁。但仲裁条款、仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的除外。因仲裁条款或协议无效、失效或者内容不明确，无法执行而受理的民事诉讼，如果被告一方对人民法院的管辖权提出异议的，受诉人民法院应就管辖权作出裁定。其二，当事人在仲裁条款或协议中选择的仲裁机构不存在，或者选择裁决的事项超越仲裁机构权限的，人民法院有权依法受理当事人一方的起诉。其三，当事人一方向人民法院起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为该人民法院有管辖权。

③ 依照法律规定，应当由其他机关处理的争议，告知原告向有关机关申请解决。

④ 对不属于本院管辖的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；原告坚持起诉的，裁定不予受理；立案后发现本院没有管辖权的，应当将案件移送有管辖权的人民法院。

⑤ 对判决、裁定已经发生法律效力，当事人又起诉的，告知原告按照申诉处理，但人民法院准许撤诉的裁定除外。



⑥ 依照法律规定，在一定期限内不得起诉的案件，在不得起诉的期限内起诉的，不予受理。

⑦ 判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在6个月内又起诉的，不予受理。但判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件的被告向人民法院起诉的，不受上述条件的限制。夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件，人民法院应当受理，对下落不明人用公告送达诉讼文书。

⑧ 病员及其亲属对医疗事故技术鉴定委员会作出的医疗事故结论没有意见，仅要求医疗单位就医疗事故赔偿经济损失向人民法院提起诉讼的，应予受理。

⑨ 赡养费、扶养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应作为新案受理。

⑩ 当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。

⑪ 对于专利纠纷案件的受理问题，最高人民法院在《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》中规定：对于专利权属纠纷案件人民法院应当依法受理。由各省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院和经最高人民法院指定的中级人民法院作为第一审法院，各省、自治区、直辖市高级人民法院作为第二审法院。这里所谓专利纠纷案件，是指在发明创造被授予专利权之后，公民之间、法人之间、公民与法人之间就谁是真正的专利权人所发生的确权纠纷案件。

2. 人民法院审查起诉后的处理

人民法院对起诉审查以后，针对不同情况作出不同的处理。

(1) 人民法院认为起诉符合法定条件的，应当在7日内立案并通知当事人。

(2) 人民法院认为起诉不符合法定条件的，应当在7日内裁定不予受理；原告对不予受理裁定不服的，可以提起上诉。如果人民法院在立案后，发现起诉不符合法定条件的，裁定驳回起诉，当事人对驳回起诉的裁定不服，可以提起上诉。

① 不予受理的裁定书由负责审查立案的审判员、书记员署名；驳回起诉的裁定书由负责审理该案的审判员、书记员署名。

② 不予受理、驳回起诉的裁定，当事人不服可以提起上诉；

③ 裁定不予受理、驳回起诉的案件，原告再次起诉的，如果符合起诉条件，人民法院应予受理。

(3) 人民法院对起诉予以受理的法律效果。人民法院受理民事案件，进行立案后，会产生以下法律后果：① 人民法院对该案件行使审判权。② 确定了当事人的诉讼地位。③ 诉讼时效中断。人民法院受理当事人的起诉后，诉讼时效即告中断，第一审程序的审理期限开始计算。④ 各民事法律关系主体将依法进行诉讼活动。⑤ 一事不再理，当事人不得就同一诉讼标的，对同一对方当事人以同一诉讼理由另行提起民事诉讼。

(三) 审前准备程序

审前准备程序是指人民法院受理案件后，在开庭审理之前，为开庭审理进行必要准备的程序。审前准备程序对于固定争点、准备审判具有重大意义。我国传统的审前准备程序仅是送达诉讼文书，通知当事人及其他诉讼参与人等一些技术性事项，2001年12月6日最高人民法院制定的《关于民事诉讼证据的若干规定》规定了举证时限和证据交换制度，



从而使我国的审前准备程序具有了实质性意义。

法院开庭审理之前，一般应进行下列准备工作。

(1) 送达起诉状副本和提出答辩状

人民法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告，被告在收到之日起15日内提出答辩状。被告提出答辩状的，人民法院应当在收到之日起5日内将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

(2) 成立审判组织并告知当事人诉讼权利

普通程序的审判组织必须采用合议制，人民法院应当组成合议庭，并在合议庭人员确定后，在3日内告知当事人。

人民法院对决定受理的案件，应当在受理案件通知书和应诉通知书中向当事人告知有关的诉讼权利义务，或者口头告知。

(3) 开庭审理前的通知和公告

① 人民法院确定开庭日期后，应当在开庭3日前通知当事人和其他的诉讼参与人。通知当事人用传票，通知其他的诉讼参与人应当用通知书，即对诉讼代理人、证人、鉴定人、勘验人、翻译人员应当用通知书通知其到庭。当事人或其他诉讼参与人在外地的，应留有必要的在途时间。

② 对于公开审理的案件，人民法院应当在开庭审理前3日发布公告，公告当事人的姓名、案由以及开庭的时间、地点，以便群众旁听，记者采访、报道。

(4) 审阅诉讼材料，调查收集必要的证据

审阅诉讼材料是在审判前的准备阶段，承办案件的审判员必须进行的工作。主要是通过审阅原告提交的起诉状、被告提交的答辩状以及各自的证据和其他诉讼材料，初步了解案情，掌握双方当事人争执的问题和矛盾的焦点，并确定当事人提供的证据是否充分，是否需要人民法院调查、收集必要的证据，案件应当适用的有关法律，涉及的有关专业知识，以及案件是否能及时进入开庭审理阶段。

人民法院有权调查取证，人民法院派出人员进行调查时，应当向被调查人出示证件。调查笔录经被调查人校阅后，由被调查人、调查人签名或者盖章。人民法院在必要时可以委托外地人民法院调查。委托调查，必须提出明确的项目和要求。受委托人民法院可以主动补充调查。受委托人民法院收到委托书后，应当在30日内完成调查。因故不能完成的，应当在上述期限内函告委托人民法院。

(5) 其他准备工作

① 追加当事人。在审理前的准备工作中，如果人民法院发现应当参加诉讼的当事人没有参加诉讼，应当通知其参加诉讼，或者由当事人向人民法院申请追加。“必须进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当通知其参加诉讼。”

② 移送案件。人民法院立案后发现本院没有管辖权时，应当将案件移送有管辖权的法院。

③ 预收诉讼费。人民法院立案后，原告应按规定预先交纳一定的费用，如果不预交，人民法院应裁定按自动撤诉处理。

(四) 开庭审理

开庭审理是指在人民法院审判人员的主持下，在当事人和其他诉讼参与人的参加下，人民法院全面审查认定案件事实，并依法作出裁判或调解的活动。



人民法院审理民事案件，根据需要进行巡回审理，就地办案。开庭审理是普通程序中最重要和最中心的环节。开庭审理并不是单一主体的单方诉讼行为，而是所有诉讼法律关系主体集合性的诉讼活动。

开庭审理应该严格依法进行，开庭审理的程序为：①庭审准备与宣布开庭；②法庭调查；③法庭辩论；④合议庭评议；⑤宣告判决。具体每阶段为：

1. 庭审准备与宣布开庭

人民法院决定开庭审理的，在用传票和通知书告知诉讼参与人并进行公告之后，即进入正式开庭程序。开庭审理前，书记员应当查明当事人和其他诉讼参与人是否到庭，宣布法庭纪律。开庭审理时，由审判长核对当事人，宣布案由，宣布审判人员、书记员名单，告知当事人有关的诉讼权利义务，询问当事人是否提出回避申请。

2. 法庭调查

法庭调查的中心任务是听取当事人对案情的充分陈述和提供证据，听取证人提供的证言、出示各种物证、书证和视听资料，宣读勘验笔录和鉴定结论，全面核实证据、揭示案件真相。

对于法庭调查的顺序，法庭调查按照下列顺序进行：①当事人陈述；②告知证人的权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言；③出示书证、物证和视听资料；④宣读鉴定结论；⑤宣读勘验笔录。当事人在法庭上可以提出新的证据，当事人经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问，当事人要求重新进行调查、鉴定或者勘验的，是否准许，由人民法院决定。

同时，按照1998年6月19日最高人民法院通过的《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》，对于改进庭审方式规定了以下事项：

(1) 法庭调查的具体顺序：①由原告口头陈述事实或者宣读起诉状，讲明具体诉讼请求和理由。②由被告口头陈述事实或者宣读答辩状，对原告诉讼请求提出异议或者反诉的，讲明具体请求和理由。③第三人陈述或者答辩，有独立请求权的第三人陈述诉讼请求和理由；无独立请求权的第三人针对原、被告的陈述提出承认或者否认的答辩意见。④原告或者被告对第三人的陈述进行答辩。⑤审判长或者独任审判员归纳本案争议焦点或者法庭调查重点，并征求当事人的意见。⑥原告出示证据，被告进行质证；被告出示证据，原告进行质证。⑦原、被告对第三人出示的证据进行质证；第三人对原告或者被告出示的证据进行质证。⑧审判人员出示人民法院调查收集的证据，原告、被告和第三人进行质证。经审判长许可，当事人可以向证人发问，当事人可以互相发问。审判人员可以询问当事人。

(2) 案件有两个以上独立存在的事实或者诉讼请求的，可以要求当事人逐项陈述事实和理由，逐个出示证据并分别进行调查和质证。对当事人无争议的事实，无须举证、质证。

(3) 当事人向法庭提出的证据，应当由当事人或者其诉讼代理人宣读。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能宣读的证据，可以由审判人员代为宣读。人民法院依职权调查收集的证据由审判人员宣读。

(4) 案件的同一事实，除举证责任倒置外，由提出主张的一方当事人首先举证，然后由另一方当事人举证。另一方当事人不能提出足以推翻前一事实的证据的，对这一事实可以认定；提出足以推翻前一事实的证据的，再转由提出主张的当事人继续举证。



(5) 经过庭审质证的证据，能够当即认定的，应当当即认定；当即不能认定的，可以休庭合议后再予以认定；合议之后认为需要继续举证或者进行鉴定、勘验等工作的，可以在下次开庭质证后认定。未经庭审质证的证据，不能作为定案的根据。

(6) 一方当事人要求补充证据或者申请重新鉴定、勘验，人民法院认为有必要的可以准许。补充的证据或者重新进行鉴定、勘验的结论，必须再次开庭质证。法庭决定再次开庭的，审判长或者独任审判员对本次开庭情况应当进行小结，指出庭审已经确认的证据，并指明下次开庭调查的重点。第二次开庭审理时，只就未经调查的事项进行调查和审理，对已经调查、质证并已认定的证据不再重复审理。

(7) 法庭调查结束前，审判长或者独任审判员应当就法庭调查认定的事实和当事人争议的问题进行归纳总结。

3. 法庭辩论

法庭辩论是在法庭调查的基础上，当事人、第三人及其诉讼代理人就案件事实和适用法律向法庭表明观点、申明理由的活动。

法庭辩论按照下列顺序进行：①原告及其诉讼代理人发言；②被告及其诉讼代理人答辩；③第三人及其诉讼代理人发言或者答辩；④互相辩论。

法庭辩论由各方当事人依次发言。一轮辩论结束后当事人要求继续辩论的，可以进行下一轮辩论。下一轮辩论不得重复第一轮辩论的内容。

审判人员应当引导当事人围绕争议焦点进行辩论。当事人及其诉讼代理人的发言与本案无关或者重复未被法庭认定的事实，审判人员应当予以制止。法庭辩论时，审判人员不得对案件性质、是非责任发表意见，不得与当事人辩论。

法庭辩论终结，由审判长按照原告、被告、第三人的先后顺序征询各方最后意见。法庭辩论终结，应当依法作出判决。审判长或者独任审判员征得各方当事人同意后，可以依法进行调解，调解不成的，应当及时判决。

对于上述法庭调查和法庭辩论内容应当记入笔录，书记员应当将法庭审理的全部活动记入笔录，由审判人员和书记员签名。法庭笔录应当当庭宣读，也可以告知当事人和其他诉讼参与人当庭或者在5日内阅读。当事人和其他诉讼参与人认为对自己的陈述记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如果不予补正，应当将申请记录在案。法庭笔录由当事人和其他诉讼参与人签名或者盖章，拒绝签名盖章的，记明情况附卷。

4. 法庭评议

法庭辩论终结后，由审判长宣布休庭，合议庭组成人员进入评议室对案件进行评议，合议庭评议实行少数服从多数的原则，评议的情况应如实记入笔录。评议笔录不准当事人及其诉讼代理人查阅、复制。评议完毕，由审判长宣布继续开庭，宣告判决结果。

5. 宣告判决

凡是开庭审理的案件，无论公开审理或者不公开审理，宣告判决结果一律公开进行。公开宣告判决有两种方式：一是当庭宣判，二是定期宣判。当庭宣判的，应当在10日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的法院。宣告离婚判决，必须告知当事人在判决发生法律效力前不得另行结婚。

对于一审的审理期限：

(1) 人民法院适用普通程序审理的案件，应当在立案之日起6个月内审结；有特殊情

况需要延长的，报请本院院长批准，可以延长6个月；还需要延长的，报请上级人民法院批准，延长的期限，由上级法院决定。

(2) 根据《民诉意见》第164条的规定,民事诉讼法所规定的审限,是指从立案的次日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间,但公告期间、鉴定期间、审理当事人提出的管辖权异议以及处理人民法院之间的管辖争议期间不应计算在内。

(3) 根据 1994 年 12 月 22 日最高人民法院《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第 20 条的规定, 各级人民法院必须严格执行民事诉讼法关于审限的规定。在法定审限内没有特殊情况不能审结的案件, 本院院长应当责令审判人员或者由上级人民法院责令下级人民法院在 1 个月内审结。

真题演练

1. (2009-3-44)^① 下列哪一选项不是民事起诉状的法定内容?

- A. 双方当事人的基本情况
B. 案由
C. 诉讼请求和所依据的事实与理由
D. 证据和证据来源，证人姓名与住所

2. (四川 2008 - 3 - 85)② 依据《民事诉讼法》的规定, 下列哪些案件法院应当受理?

A. 王某认为他的养子未尽赡养义务，于 2005 年 2 月向法院起诉，要求解除收养关系。法院经过调解，王某与其养子达成了维持收养关系的调解协议。2005 年 6 月，王某又以同样的理由向法院起诉，要求解除收养关系

B. 何某 1999 年向陈某借款 5 万元，约定 2001 年 8 月还清，何某到期未还，陈某碍于情面也未向何某主张过归还欠款。2005 年 3 月，陈某受重伤，需大笔医疗费，于是向何某主张归还欠款，何某拒不归还。陈某于是向法院提起诉讼，要求何某归还欠款

C. 居住在甲省 H 县的李某与居住在甲省 L 县的张某因合同履行问题发生纠纷。双方在合同中订有仲裁条款, 约定合同履行发生争议由甲省 L 县的 L 仲裁委员会仲裁, 现李某向甲省 L 县法院起诉要求解决合同纠纷

D. 2004 年 11 月，吴某向法院起诉要求解除与孟某的婚姻关系，法院经过审理，判决不准离婚。双方均未上诉。2005 年 2 月，孟某向法院提起诉讼，要求跟吴某离婚

3. (2007-3-44)③ 甲与乙系夫妻关系，四年前乙下落不明。甲提起离婚之诉。对于该起诉，法院应如何处理？

- A. 法院应不予受理，并告知甲应当依照特别程序申请宣告乙死亡
- B. 法院应不予受理，并告知甲应先依照特别程序申请宣告乙为失踪人
- C. 法院应当受理，但在受理后应当裁定中止诉讼，并依照特别程序认定乙为失踪人

① B₀

② BCD。判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在 6 个月内又起诉的，不予受理。由此，A 项中的案件法院依法不予受理。当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。虽然 B 项中的陈某于 2005 年 3 月向法院起诉已经超过诉讼时效期间，但是根据上述司法解释的规定，法院仍应当受理。根据《仲裁法》第 10 条第 1 款规定，C 项中当事人约定的 L 县 L 仲裁委员会根本不存在。判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件的被告向人民法院起诉的，不受《民事诉讼法》第 111 条第 7 项规定的条件限制。D 项中，因为是被告起诉离婚，而不是原告再次起诉离婚，因此法院应当受理。

③ D. 根据《民诉意见》第 151 条, 夫妻一方下落不明, 另一方诉至人民法院, 只要求离婚, 不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件, 人民法院应当受理, 对下落不明人用公告送达诉讼文书。



后，再对离婚之诉作出判决

D. 法院应当受理，并向乙公告送达有关的诉讼文书

4. (2007-3-85)^① 根据我国民事诉讼法及相关司法解释的规定，法院作出的判决、裁定已经发生法律效力，当事人起诉，法院应予受理的有哪些？

A. 判决不准离婚，没有新情况、新理由，原告在6个月内起诉的

B. 原告撤诉后，没有新情况、新理由，原告又起诉的

C. 已过诉讼时效、法院判决驳回诉讼请求的

D. 追索赡养费案件的判决生效后，有新情况、新理由，当事人起诉要求增加赡养费的

5. (2006-3-44)^② 张某起诉周某人身损害赔偿一案，被告答辩提出原告的请求超过诉讼时效，法院应当如何处理？

A. 裁定不予受理

B. 裁定驳回起诉

C. 受理后通过审理判决驳回诉讼请求

D. 受理后通过审理裁定驳回起诉

6. (2005-3-76)^③ 对于下列哪些起诉，法院应当裁定不予受理或裁定驳回起诉？

A. 甲起诉乙支付拖欠的货款3万元，但已超过诉讼时效

B. 甲公司起诉乙公司支付房租20万元，但乙公司已被吊销营业执照

C. 甲起诉乙离婚，诉讼过程中撤诉，两个月后甲再次起诉离婚，但没有提出新情况、新理由

D. 甲、乙曾同居数年，乙曾经书面允诺送甲一辆价值10万元以上的汽车，但一直未履行承诺，甲起诉乙请求给付汽车

7. (2004-3-72)^④ 下列哪些案件人民法院应当受理？

A. 林某曾与李某同居3年，二人分手时产生纠纷，林某起诉李某，要求赔偿“青春费”5万元

B. 甲诉乙离婚，法院于2004年3月判决不准离婚；2004年7月乙起诉甲，请求离婚

C. 陈某下落不明3年，其丈夫不申请宣告失踪，直接起诉离婚

D. 甲村民想承包本村鱼塘，故起诉乙村民，请求判决解除乙村民与本村的鱼塘承包合同

① BD。判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在6个月内又起诉的，不予受理。因此，A选项应该排除。当事人撤诉或人民法院按撤诉处理后，当事人以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理，因此，原告撤诉后再起诉，一般而言没有对新情况、新理由的要求，B选项为应选项。C选项所述的情形是已过诉讼时效，法院判决驳回诉讼请求。在民事诉讼中，除个别情形外民事判决一旦发生法律效力就具有确定力、拘束力和执行力。涉及诉讼时效的例外情形规定在《民诉意见》第153条中，不过，C选项所述的情形关涉的该法条所规定的当事人超过诉讼时效起诉，法院受理后作出驳回请求的判决的情形。因此，C选项中的情形应该不予受理。赡养费、扶养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应作为新案受理，因此，D选项为应选项。

② C。《民诉意见》第153条规定，当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。

③ BC。选项B中的乙公司被吊销营业执照，意味着甲的起诉没有了明确的被告，B选项是应选项。原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，6个月内又起诉的不予受理。判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告6个月内又起诉的，不予受理；因此，C选项是正确选项。选项D中所陈述的甲对乙的起诉，符合规定的当事人起诉应具备的条件，法院应当受理。因此，选项D也不是应选项。

④ ABC。A项属于财产权益纠纷；B项是被告在6个月之内起诉要求离婚；C项被告下落不明的，原告可以要求离婚；D项原告不是与本案有利害关系的人。





8. (2003-3-27)^① 甲乙发生口角, 乙将甲房屋的门窗砸坏。甲起诉要求乙赔偿财产损失, 法院审理后, 判决认定甲的诉讼请求成立。判决生效后, 甲认为自己不仅财产上受到损失, 精神上也受到损害, 于是又向法院起诉, 要求乙赔偿因该侵权行为导致的精神损害。关于本案, 以下何种观点是正确的?

- A. 精神损害应当予以赔偿, 人民法院对甲的起诉应当受理
- B. 甲未在前诉中主张精神损害赔偿, 判决生效后又基于同一侵权事实起诉精神损害赔偿, 人民法院不当受理
- C. 对于该起诉是否受理, 要区分受害人甲是否在诉前意识到精神损害的存在。如果没有意识到, 就可以向法院起诉; 如果已经意识到, 但当时没有请求的, 人民法院不当受理
- D. 在前诉中没有提出精神损害赔偿请求, 但声明保留的, 人民法院对关于精神损害的起诉应予受理

9. (2003-3-29)^② 人民法院在审查民事起诉时, 发现当事人起诉已经超过了诉讼时效, 在这种情况下, 人民法院应当如何处理?

- A. 通知当事人已经超过诉讼时效, 不予受理
- B. 裁定不予受理
- C. 应予受理, 审理后确认超过诉讼时效的, 判决驳回诉讼请求
- D. 应予受理, 审理后确认超过诉讼时效的, 裁定驳回起诉

10. (2002-3-23)^③ 根据民事诉讼法规定, 下列哪一案件法院不当受理?

- A. 1999年3月张洋诉至法院要求解除与妻子林秀虹的婚姻关系, 法院审理后判决不准离婚。同年6月林秀虹向法院起诉离婚
- B. 王昆与邓洁因合同履行发生纠纷, 王昆要求法院确认合同中的仲裁条款无效
- C. 邹某12岁时与邻居陆某(当时13岁)玩耍, 被陆某不慎刺伤左眼, 导致失明。当时由于两家关系甚好, 邹家未提出赔偿要求。15年后, 陆某成了远近闻名的企业家, 邹却因身有残疾生活窘迫, 邹某以陆某伤害了其眼睛为由起诉至法院要求陆某赔偿其经济损失
- D. 赵永顺以其养子不尽赡养义务为由向法院起诉要求解除收养关系, 法院判决维持了收养关系, 3个月后赵永顺又以相同的理由向法院起诉。

考点二 撤诉和缺席判决

重点法条

★★第一百二十九条 原告经传票传唤, 无正当理由拒不到庭的, 或者未经法庭许可中途退庭的, 可以按撤诉处理; 被告反诉的, 可以缺席判决。

★★第一百三十条 被告经传票传唤, 无正当理由拒不到庭的, 或者未经法庭许可中途退庭的, 可以缺席判决。

- ① B。
- ② C。
- ③ D。

★第一百三十一条 宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。

人民法院裁定不准许撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

【关联法条】

《民诉意见》

★158. 无民事行为能力当事人的法定代理人，经传票传唤无正当理由拒不到庭的，如属原告方，可以比照民事诉讼法第一百二十九条的规定，按撤诉处理；如属被告方，可以比照民事诉讼法第一百三十条的规定，缺席判决。

★160. 有独立请求权的第三人参加诉讼后，原告申请撤诉，人民法院在准许原告撤诉后，有独立请求权的第三人作为另案原告，原案原告、被告作为另案被告，诉讼另行进行。

考点解析

（一）撤诉

民事诉讼中的撤诉，是指在人民法院受理案件之后，宣告判决之前，原告要求撤回其起诉的一种诉讼行为。撤诉是当事人的诉讼权利。撤诉的情形主要有两种，一是原告主动申请撤诉，二是人民法院按撤诉处理。

1. 申请撤诉

原告在人民法院立案受理后，进行宣判前，以书面或口头形式向人民法院主动提出撤回其起诉的要求，不愿意再参加诉讼。

原告主动申请撤诉的条件为：

（1）有权申请撤诉的只能是原告方的当事人，包括原告、共同诉讼中的原告、有独立请求权第三人、上诉人、提起反诉的原告，以及他们各自的法定代理人。经原告特别授权的诉讼代理人也可以提出撤诉申请。但是无独立请求权第三人无权要求撤诉。

（2）撤诉必须完全是原告方自愿，不能强迫。

（3）申请撤诉的时间只能在人民法院受理案件后，宣告判决前提出。

（4）撤诉应向人民法院提出书面申请。

（5）撤诉必须经过法院同意。当事人行使处分权，必须在法律许可的范围内。原告申请撤诉，人民法院应当依法进行审查，申请符合条件的，裁定准许撤诉，案件审理终结；申请不符合条件的，裁定驳回申请，案件继续审理。不论是否准许撤诉，都必须以裁定的方式告知当事人。

2. 按撤诉处理

按撤诉处理，是指当事人虽不申请撤诉，但其行为可使人民法院推论其有撤诉的意思表示时，法院可以按照撤诉处理。

按撤诉处理的适用情形有：

（1）原告或上诉人未按期交纳诉讼费用。例如《民诉意见》第143条规定，原告应当预交而未预交案件受理费，人民法院应当通知其预交，通知后仍不预交或者申请减、缓、免未获人民法院批准而仍不预交的，裁定按自动撤诉处理。

（2）原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭。





(3) 原告未经法庭许可中途退庭。

(4) 无民事行为能力的原告的法定代理人，经法院传票传唤无正当理由拒不到庭的，可按撤诉处理。但是，无民事行为能力人的离婚诉讼，当事人的法定代理人应当到庭；法定代理人不能到庭的，人民法院应当在查清事实的基础上，依法作出判决。

(5) 有独立请求权的第三人经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或未经法庭许可中途退庭的，可按撤诉处理；无独立请求权的第三人，无正当理由拒不到庭的，或未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理；依法可以按撤诉处理的案件，如果当事人有违法行为需要依法处理的，法院可以不按撤诉处理。

3. 撤诉的法律效果

无论是当事人申请撤诉还是按撤诉处理的，都必须由人民法院作出裁定，当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件，如果当事人有违反法律的行为需要依法处理的，人民法院可以不准许撤诉或者不按撤诉处理。

对于准许当事人撤诉的，其法律效果为：①原有的诉讼终结；②诉讼费用向原告或上诉人减半收取；③当事人撤诉或人民法院按撤诉处理后，当事人以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理。原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，6个月内又起诉的，可不予受理。

(二) 缺席判决

缺席判决与对席判决相对应，是指在开庭审理案件时，只有部分当事人到庭，部分当事人无正当理由拒不到庭或者中途退庭，人民法院在此情况下依法作出的判决。

缺席判决的适用情形主要有：

1. 原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，被告反诉的，可以缺席判决；

2. 被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决；

3. 法院裁定不准撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的；

4. 无民事行为能力的被告的法定代理人，经传票传唤无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决；

5. 无独立请求权第三人无正当理由不到庭的，可以缺席判决；

6. 在借贷案件中，债权人起诉时，债务人下落不明的，人民法院受理案件后公告传唤债务人应诉。公告期限届满，债务人仍不应诉，借贷关系明确的，经审理后可缺席判决。在审理中债务人出走，下落不明，借贷关系明确的，可以缺席判决。

缺席判决与对席判决具有同等法律效力，人民法院同样要依法向缺席的一方当事人宣告判决及送达判决书，缺席人如不属于无独立请求权第三人，仍依法享有上诉的权利。

真题演练

1. (2009-3-46)① 齐某起诉宋某要求返还借款8万元，法院适用普通程序审理并向双方当事人送达出庭传票，因被告宋某不在家，宋某的妻子代其签收了传票。开庭时，被告宋某未到庭。经查，宋某已离家出走，下落不明。关于法院对本案的处理，下列哪一选

① A。

项是正确的?

- A. 法院对本案可以进行缺席判决
- B. 法院应当对被告宋某重新适用公告方式送达传票
- C. 法院应当通知宋某的妻子以诉讼代理人的身份参加诉讼
- D. 法院应当裁定中止诉讼

2. (2008-3-79)^① 关于对当事人及其法定代理人的缺席判决, 下列哪些选项是正确的?

A. 原告经法院传票传唤, 无正当理由拒不到庭的, 或者未经法庭许可中途退庭的, 可以按撤诉处理; 被告反诉的, 法院可以缺席判决

B. 无民事行为能力人离婚案件, 当事人的法定代理人应当到庭, 法定代理人不能到庭的, 法院应当在查清事实的基础上, 依法作出缺席判决

C. 有独立请求权第三人经法院传票传唤, 无正当理由拒不到庭的, 或者未经法庭许可中途退庭的, 法院可以缺席判决

D. 无独立请求权第三人经法院传票传唤, 无正当理由拒不到庭的, 或者未经法庭许可中途退庭的, 法院可以缺席判决

3. (2004-3-38)^② 蔡某出售伪劣奶粉, 被消费者赵、钱、孙、李起诉, 蔡某应诉答辩后突然失踪。对此法院应当如何处理?

- A. 中止诉讼
- B. 终结诉讼
- C. 延期审理
- D. 缺席判决

4. (2004-3-77)^③ 下列哪些民事诉讼案件法院不可以按撤诉处理?

- A. 王某是有独立请求权的第三人, 开庭审理过程中未经法庭许可中途退庭
- B. 韩律师是原告的委托代理人, 无正当理由拒不到庭
- C. 张某是无独立请求权的第三人, 无正当理由拒不到庭
- D. 李某是被告的法定代理人, 无正当理由拒不到庭

考点三 延期审理、诉讼中止和诉讼终结

重点法条

★★第一百三十二条 有下列情形之一的, 可以延期开庭审理:

(一) 必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的;

(二) 当事人临时提出回避申请的;

(三) 需要通知新的证人到庭, 调取新的证据, 重新鉴定、勘验, 或者需要补充调查的;

(四) 其他应当延期的情形。

★★★第一百三十六条 有下列情形之一的, 中止诉讼:

① ABD。

② D。本题中被告失踪, 并不是诉讼阻碍的情形, 而由于其失踪, 经公告送达传票后仍不到庭参加诉讼即可缺席判决。

③ BCD。





- (一) 一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；
- (二) 一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；
- (三) 作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
- (四) 一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；
- (五) 本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；
- (六) 其他应当中止诉讼的情形。

中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。

★★第一百三十七条 有下列情形之一的，终结诉讼：

- (一) 原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；
- (二) 被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；
- (三) 离婚案件一方当事人死亡的；
- (四) 追索赡养费、扶养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。

【关联法条】

《民诉意见》

★167. 裁定中止诉讼的原因消除，恢复诉讼程序时，不必撤销原裁定，从人民法院通知或准许当事人双方继续进行诉讼时起，中止诉讼的裁定即失去效力。

考点解析

1. 延期审理

延期审理是指人民法院在已通知当事人、其他诉讼参与人和公告开庭审理日期后，或者在开庭审理时，由于出现法律规定的特殊情况，使开庭审理无法按期或继续进行，而另定日期进行审理。

有下列情形之一的，可以延期审理：

- (1) 必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的。
- (2) 当事人临时提出回避申请的。
- (3) 需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的。
- (4) 其他应当延期的情形。

要注意，在具有上述情形之一时，人民法院是“可以”延期审理，而不是必须延期审理。

2. 诉讼中止

诉讼中止，是指在诉讼进行过程中，由于发生某种特定的原因，诉讼无法继续进行或不宜进行，导致诉讼程序暂时停止。

有下列情形之一的，应当中止诉讼：

- (1) 一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的。
- (2) 一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的。
- (3) 作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的。
- (4) 一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的。
- (5) 本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的。
- (6) 在借贷案件中，债权人起诉时，债务人下落不明的，法院应要求债权人提供证明

借贷关系存在的证据,受理后公告传唤债务人应诉。公告期限届满,债务人仍不应诉,借贷关系无法查明的,裁定中止诉讼;在审理中债务人出走,下落不明,事实难以查清的,裁定中止诉讼。

(7) 人民法院受理实用新型或外观设计专利侵权案件后,在向被告送达起诉状副本时,应当通知被告如欲请求宣告该项专利权无效,须在答辩期间内向专利复审委员会提出。被告在答辩期间请求宣告该项专利无效的,人民法院应当中止诉讼。专利权人提出财产保全申请并提供担保的,人民法院认为必要时,在裁定中止诉讼的同时责令被告停止侵权行为或者采取其他制止侵权损害继续扩大的措施。被告在答辩期间未请求宣告该项专利权无效,而在其后的审理过程中提出无效请求的,人民法院可以不中止诉讼。人民法院受理的发明专利侵权案件或者经专利复审委员会审查维持专利权的实用新型专利侵权案件,被告在答辩期间请求宣告该项专利无效的,人民法院可以不中止诉讼。

对于中止诉讼,人民法院应当以裁定的形式作出,对此裁定不服,不可以上诉。中止诉讼的原因消除后,应当恢复诉讼程序。根据《民诉意见》第167条的规定,裁定中止诉讼的原因消除,恢复诉讼程序时,不必撤销原裁定,从人民法院通知或准许当事人双方继续进行诉讼时起,中止诉讼的裁定即失去效力。

延期审理与中止诉讼的区别在于,延期审理只能发生在开庭审理阶段,时间较短,并且可以预测下次开庭的时间;而中止诉讼可以发生于民事诉讼的各个阶段,并不限于开庭审理阶段,对于诉讼中止的时间有多长,一般无法预测。

3. 诉讼终结

诉讼终结,是指在诉讼进行过程中,因出现特定情形,使诉讼程序不能继续进行下去或者失去了继续进行的必要,从而由人民法院裁定终结诉讼的制度。诉讼终结不同于诉讼中止,前者是彻底结束诉讼程序,而后者则是诉讼的暂时停止,以后还有可能恢复进行。

诉讼终结的适用情形主要有:

- (1) 原告死亡,没有继承人,或者继承人放弃诉讼权利的。
- (2) 被告死亡,没有遗产,也没有应当承担义务的人的。
- (3) 离婚案件一方当事人死亡的。
- (4) 追索赡养费、扶养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。

在上述诉讼终结的几种情形中,可以发现这么一个特征,即诉讼终结一般是与一个人的死亡有关的。诉讼终结采取裁定的形式,对此不服也不可以上诉。诉讼终结是一种诉讼程序的非正常结束。

真题演练

1. (2009-3-47)^① 甲起诉与乙离婚,一审法院判决不予准许。甲不服一审判决提起上诉,在甲将上诉状递交原审法院后第三天,乙遇车祸死亡。此时,原审法院尚未及将上诉状转交给二审法院。关于本案的处理,下列哪一选项是正确的?

- A. 终结诉讼
- B. 驳回上诉
- C. 不予受理上诉
- D. 中止诉讼

^① D。





2. (2009-3-85)^① 法院对于诉讼中有关情况的处理, 下列哪些做法是正确的?

- A. 甲起诉其子乙请求给付赡养费。开庭审理前, 法院依法对甲、乙进行了传唤, 但开庭时乙未到庭, 也未向法院说明理由。法院裁定延期审理
- B. 甲、乙人身损害赔偿一案, 甲在前往法院的路上, 胃病发作住院治疗。法院决定延期审理
- C. 甲诉乙离婚案件, 在案件审理中甲死亡。法院裁定按甲撤诉处理
- D. 原告在诉讼中因车祸成为植物人, 在原告法定代理人没有确定的期间, 法院裁定中止诉讼

3. (2008-3-37)^② 张某因孙某欠款不还向法院起诉。在案件审理中, 孙某因盗窃被刑事拘留。关于本案, 下列哪一选项是正确的?

- A. 法院应当裁定中止诉讼, 待对孙某的刑事审判结束后再恢复诉讼程序
- B. 法院应当裁定终结诉讼, 并告知张某提起刑事附带民事诉讼
- C. 法院应当继续审理此案
- D. 法院应当将此案与孙某盗窃案合并审理

4. (2008-3-40)^③ 法院对于诉讼中有关情况的处理, 下列哪一做法是正确的?

A. 杨某与赵某损害赔偿一案, 杨某在去往法院开庭的路上, 突遇车祸, 被送至医院急救。法院遂决定中止诉讼

B. 毛某与安某专利侵权纠纷一案, 法庭审理过程中, 发现需要重新进行鉴定, 法院裁定延期审理

C. 甲公司诉乙公司合同纠纷一案, 审理过程中, 甲公司与其他公司合并, 法院裁定诉讼终结

D. 丙公司诉丁公司租赁纠纷一案, 法院审理中, 发现本案必须以另一案的审理结果为依据, 而该案又尚未审结, 遂裁定诉讼中止

5. (2006-3-38)^④ 甲、乙为夫妻, 育有一女丙。甲向法院起诉要求与乙离婚, 一审法院判决准予离婚, 乙不服提起上诉。在二审中, 乙因病去世。下列关于本案后续程序的哪一表述是正确的?

- A. 因上诉人死亡无法到庭参加审理, 应当视为撤回上诉
- B. 法院可以根据上诉材料缺席判决
- C. 甲法院应当通知其女儿丙参加诉讼
- D. 法院应当裁定终结诉讼程序

6. (2005-3-45)^⑤ 甲向法院起诉请求解除其与乙之间的收养关系, 一审法院判决驳回诉讼请求。甲不服提出上诉。二审法院开庭的前一天, 甲因意外事故而死亡。对此, 法院应如何处理?

- A. 由一审法院裁定终结诉讼
- B. 由一审法院裁定驳回上诉

① BD。

② C。

③ D。

④ D。根据《民事诉讼法》第137条第(4)项的规定, 离婚案件一方当事人死亡的, 终结诉讼。

⑤ D。解除收养关系的一方当事人死亡, 应当终结诉讼。从题干中叙述的事实看, 二审法院已经受理了甲的上诉, 因此, 发生甲意外死亡这种情形, 应当由二审法院以终结诉讼的方式处理。因此, 选项D正确, 选项A错误。选项B、C表述的驳回上诉的处理方式, 违背了《民事诉讼法》第137条的规定, 是错误选项。

C. 由二审法院裁定驳回上诉

D. 由二审法院裁定终结诉讼

7. (2004-3-43)^① 张某将一串价值 10 万元的钻石项链存放在某银行对外租赁的保险柜中。该银行工作人员李某借工作之便将保险柜中的钻石盗走, 案发后一直潜逃在外。张某向法院起诉, 要求该银行承担民事责任。在审理中, 公安机关将李某抓获归案 (但无法追回赃物), 并移送检察机关, 检察机关准备对李某提起公诉。法院应如何处理该民事案件?

A. 中止此案的审理, 待李某的犯罪事实查清后恢复审理

B. 终止审理, 告知张某在李某的刑事诉讼中, 提出附带民事诉讼请求

C. 延期审理此案, 不得作出判决

D. 继续审理此案, 并可作出判决

8. (2003-3-22)^② 甲婚后经常被其丈夫乙打骂, 向某区人民法院提起离婚诉讼, 该区人民法院审理后认为双方感情确已破裂, 判决准予离婚, 并对共有财产进行了分割。甲认为区人民法院对财产的处理不公平, 于是向中级人民法院提起上诉。在二审审理期间, 乙因意外事故死亡, 二审法院遂裁定终结诉讼。关于本案, 下列何种说法是正确的?

A. 二审法院裁定终结诉讼后, 区人民法院的离婚判决即发生法律效力

B. 二审法院裁定终结诉讼后, 区人民法院的离婚判决不发生法律效力

C. 区人民法院的离婚判决是否发生法律效力, 取决于上诉期间是否届满, 只要上诉期间届满, 该判决即发生法律效力

D. 区人民法院的判决中, 解除婚姻关系的部分发生法律效力, 而财产分割部分不发生法律效力



^① D。本案中李某是否承担刑事责任对于民事案件并没有冲突, 法院应当对于张某诉银行一案继续审理作出判决。

^② B。

第十讲 简易程序

【本讲概要】 本讲应当了解简易程序的概念、适用范围、简易程序的特点、简易程序的调解、简易程序的判决。理解简易程序与普通程序的关系、简易程序的特殊规定、裁判的种类、判决的概念、判决的种类、判决的内容、判决的效力、裁定的概念以及适用对象、决定的适用对象。熟悉有关简易程序的特殊规定并能加以运用。

考点一 简易程序的概念和适用范围

重点法条

★第一百四十二条 基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件，适用本章规定。

【关联法条】

《民诉意见》

★168. 民事诉讼法第一百四十二条规定的简单民事案件中的“事实清楚”，是指当事人双方对争议的事实陈述基本一致，并能提供可靠的证据，无须人民法院调查收集证据即可判明事实、分清是非；“权利义务关系明确”，是指谁是责任的承担者，谁是权利的享有者，关系明确；“争议不大”是指当事人对案件的是非、责任以及诉讼标的争执无原则分歧。

★★★169. 起诉时被告下落不明的案件，不得适用简易程序审理。

★174. 发回重审和按照审判监督程序再审的案件，不得适用简易程序审理。

《简易程序规定》

★★★第一条 基层人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条规定审理简单的民事案件，适用本规定，但有下列情形之一的案件除外：

（一）起诉时被告下落不明的；

（二）发回重审的；

（三）共同诉讼中一方或者双方当事人人数众多的；

（四）法律规定应当适用特别程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序的；

（五）人民法院认为不宜适用简易程序进行审理的。

★★第二条 基层人民法院适用第一审普通程序审理的民事案件，当事人各方自愿选择适用简易程序，经人民法院审查同意的，可以适用简易程序进行审理。

人民法院不得违反当事人自愿原则，将普通程序转为简易程序。

★第三条 当事人就适用简易程序提出异议，人民法院认为异议成立的，或者人民法

院在审理过程中发现不宜适用简易程序的,应当将案件转入普通程序审理。

考点解析

民事诉讼中的简易程序,是指基层人民法院及其派出法庭审理简单民事案件所适用的一种简便易行的诉讼程序。

简易程序是对一审普通程序的简化,普通程序是简易程序的基础,简易程序没有规定的内容,要适用普通程序的有关规定。设立简易程序的目的主要在于,便利当事人进行诉讼,便于人民法院办案,提高诉讼效率,优化法律资源配置。

“基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件,适用本章规定。”对于简易程序的适用范围,可以从以下几方面进行界定:

1. 适用简易程序的法院,只限于基层人民法院及其派出法庭。所谓派出法庭,既包括人民法院就地巡回审理或者临时派出的审判组织,也包括在乡、镇等常设的人民法庭。要注意,人民法庭是基层人民法院的派出机构和组成部分,派出法庭所作的判决、裁定与基层人民法院判决、裁定具有同等法律效力。除此以外,中级人民法院、高级人民法院、最高人民法院审理第一审民事案件均不得适用简易程序。

2. 适用简易程序的审级。简易程序只适用于第一审民事案件,对于二审案件、再审案件和发回重审案件均不得适用。

3. 适用简易程序的案件:

(1) 适用简易程序审理的案件只能是事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件。所谓“事实清楚”,是指当事人双方对争议事实的陈述基本一致,并能提供可靠的证据,无须人民法院进行大量的调查、取证工作,即可判明事实、分清是非,明确责任;所谓“权利义务关系明确”,是指在双方争议的法律关系中,谁是责任的承担者,谁是权利的享有者,关系明确;所谓“争议不大”,是指当事人对案件的是非、责任以及诉讼标的争执无重大原则分歧。

(2) 不得适用简易程序的案件。《民诉意见》第169条、第171条、第174条规定,下列案件不得适用简易程序:①起诉时被告下落不明的案件,不得适用简易程序审理。②已经按照普通程序审理的案件,在审理过程中无论是否发生了情况变化,都不得改用简易程序审理。③发回重审和按照审判监督程序再审的案件,不得适用简易程序审理。

真题演练

1. (2006-3-48)① 下列哪种民事诉讼案件不能适用简易程序审理?

- A. 当事人协议不适用简易程序的案件
- B. 起诉时被告被监禁的案件
- C. 发回重审的案件
- D. 共同诉讼案件

2. (2005-3-75)② 下列哪些案件的审理不适用民事诉讼简易程序?

- A. 按审判监督程序审理的案件
- B. 发回重审的案件

① C。《民诉意见》第174条规定,发回重审和按照审判监督程序再审的案件,不得适用简易程序审理。

② ABC。按审判监督程序审理的案件、发回重审的案件、起诉时被告下落不明的案件不适用简易程序,因此,选项A、B、C是应选选项;婚姻家庭纠纷和继承纠纷、劳务合同纠纷、交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明显的损害赔偿纠纷、宅基地和相邻关系纠纷、合伙协议纠纷、诉讼标的额较小的纠纷是法院在开庭审理前,应当先行调解的案件。这些进行先行调解的案件,如果开庭审理,适用的当然是简易程序。因此,D选项不是应选选项。



C. 起诉时被告下落不明的案件

D. 应当先行调解的案件

3. (2002-3-64)^① 下列哪些案件适用简易程序审理是错误的?

A. 甲欠乙借款2万元, 现甲不知去向, 乙向法院提起诉讼, 要求偿还贷款, 法院决定适用简易程序

B. 丙与丁因加工承揽合同纠纷, 法院组成合议庭审理该案, 审理中审判长认为此案事实清楚, 双方当事人争议不大, 决定将该案改为简易程序审理

C. 法院对戊与己离婚案作出一审判决, 己不服提起上诉, 上级法院认为一审判决并无错误, 决定适用简易程序审理己的上诉

D. 适用简易程序审理的某案件在判决生效后, 法院发现判决确有错误, 决定对该案进行再审, 并决定对该案的再审仍适用简易程序

考点二 简易程序的特点

重点法条

★第一百四十三条 对简单的民事案件, 原告可以口头起诉。

当事人双方可以同时到基层人民法院或者它派出的法庭, 请求解决纠纷。基层人民法院或者它派出的法庭可以当即审理, 也可以另定日期审理。

★第一百四十四条 基层人民法院和它派出的法庭审理简单的民事案件, 可以用简便方式随时传唤当事人、证人。

★★第一百四十五条 简单的民事案件由审判员一人独任审理, 并不受本法第一百二十二条、第一百二十四条、第一百二十七条规定的限制。

★第一百四十六条 人民法院适用简易程序审理案件, 应当在立案之日起三个月内审结。

【关联法条】

《民诉意见》

★172. 适用简易程序审理案件, 人民法院应当将起诉内容, 用口头或书面方式告知被告, 用口头或者其他简便方式传唤当事人、证人, 由审判员独任审判, 书记员担任记录, 不得自审自记。判决结案的, 应当依照民事诉讼法第一百三十四条的规定公开宣判。

★173. 人民法庭制作的判决书、裁定书、调解书, 必须加盖基层人民法院印章, 不得用人民法庭的印章代替基层人民法院的印章。

《简易程序规定》

★★第六条 原告起诉后, 人民法院可以采取捎口信、电话、传真、电子邮件等简便方式随时传唤双方当事人、证人。

★第七条 双方当事人到庭后, 被告同意口头答辩的, 人民法院可以当即开庭审理; 被告要求书面答辩的, 人民法院应当将提交答辩状的期限和开庭的具体日期告知各方当事人, 并向当事人说明逾期举证以及拒不到庭的法律后果, 由各方当事人在笔录和开庭传票的送达回证上签名或者捺印。

^① ABCD。





★★第八条 人民法院按照原告提供的被告的送达地址或者其他联系方式无法通知被告应诉的，应当按以下情况分别处理：

（一）原告提供了被告准确的送达地址，但人民法院无法向被告直接送达或者留置送达应诉通知书的，应当将案件转入普通程序审理；

（二）原告不能提供被告准确的送达地址，人民法院经查证后仍不能确定被告送达地址的，可以被告不明确为由裁定驳回原告起诉。

★第九条 被告到庭后拒绝提供自己的送达地址和联系方式的，人民法院应当告知其拒不提供送达地址的后果；经人民法院告知后被告仍然拒不提供的，按下列方式处理：

（一）被告是自然人的，以其户籍登记中的住所地或者经常居住地为送达地址；

（二）被告是法人或者其他组织的，应当以其工商登记或者其他依法登记、备案中的住所地为送达地址。

人民法院应当将上述告知的内容记入笔录。

★第十二条 适用简易程序审理的民事案件，当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据和申请证人出庭作证，应当在举证期限届满前提出，但其提出申请的期限不受《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十九条第一款、第五十四条第一款的限制。

★★★第十四条 下列民事案件，人民法院在开庭审理时应当先行调解：

（一）婚姻家庭纠纷和继承纠纷；

（二）劳务合同纠纷；

（三）交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；

（四）宅基地和相邻关系纠纷；

（五）合伙协议纠纷；

（六）诉讼标的额较小的纠纷。

但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的除外。

★第二十二条 当事人双方同时到基层人民法院请求解决简单的民事纠纷，但未协商举证期限，或者被告一方经简便方式传唤到庭的，当事人在开庭审理时要求当庭举证的，应予准许；当事人当庭举证有困难的，举证的期限由当事人协商决定，但最长不得超过十五日；协商不成的，由人民法院决定。

★第二十三条 适用简易程序审理的民事案件，应当一次开庭审结，但人民法院认为确有必要再次开庭的除外。

★第二十七条 适用简易程序审理的民事案件，除人民法院认为不宜当庭宣判的以外，应当当庭宣判。

★第三十二条 适用简易程序审理的民事案件，有下列情形之一的，人民法院在制作裁判文书时对认定事实或者判决理由部分可以适当简化：

（一）当事人达成调解协议并需要制作民事调解书的；

（二）一方当事人在诉讼过程中明确表示承认对方全部诉讼请求或者部分诉讼请求的；

（三）当事人对案件事实没有争议或者争议不大的；

（四）涉及个人隐私或者商业秘密的案件，当事人一方要求简化裁判文书中的相关内容，人民法院认为理由正当的；

（五）当事人双方一致同意简化裁判文书的。

简易程序是普通程序的简化程序，在法院审理中，简易程序不同于普通程序的审理特点主要有：

1. 起诉方式简便

对简单的民事案件，原告可以口头起诉。在适用简易程序时，无论当事人书写起诉状是否有困难，都可以口头起诉，由人民法院将起诉内容记录在案；而适用简易程序审理案件时，起诉则以书面方式为原则，以口头方式为例外，只有在当事人书写起诉状有困难时才允许以口头方式起诉。

2. 受理案件的程序简便

简单的民事案件，当事人双方可以同时到基层人民法院或者它派出的法庭，请求解决纠纷。基层人民法院或者它派出的法庭可以当即审理，也可以另定日期审理。而普通程序的审查起诉和受理程序则要复杂得多。

3. 传唤或通知当事人或其他诉讼参与人的方式简便

基层人民法院和它派出的法庭审理简单的民事案件，可以用简便方式随时传唤当事人、证人，不受普通程序传唤当事人和通知其他诉讼参与人方式和期限的限制。所谓简便的方式，可以是口头通知、电话传唤、广播通知、捎口信、写便条等简便的方法。

4. 审判组织简便

人民法院适用简易程序审理简单民事案件，由审判员一人独任审判，不需实行合议制。但要有书记员作记录，不得由审判员自审自记。

5. 审理的程序简便

人民法院适用简易程序审理简单民事案件，审判人员可以根据案件的具体情况，灵活掌握，简化案件审理的方式和步骤，不受普通程序中关于开庭审理阶段和顺序的限制。

6. 审理期限较短

人民法院适用简易程序审理案件，应当在立案之日起3个月内审结，并且该3个月是不变期间，当事人或法院都不得申请延长。

另外，根据《民诉意见》的规定，在审理简易程序的案件时，有以下几个问题需要注意：

(1) 根据《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第20条的规定，适用简易程序审理的案件，当事人同时到庭的，可以径行开庭进行调解。调解前告知当事人诉讼权利义务和主持调解的审判人员，在询问当事人是否申请审判人员回避后，当事人不申请回避的，可以直接进行调解。调解不成的或者达成协议后当事人反悔又未提出新的事实和证据，可以不再重新开庭，直接作出判决。

(2) 适用简易程序审理案件，作出的判决也应当公开宣判。

(3) 人民法庭制作的判决书、裁定书、调解书，必须加盖基层人民法院印章，不得用人民法庭的印章代替基层人民法院的印章，派出法庭裁判的效力等同于基层法院裁判的效力。

(4) 适用简易程序审理案件，卷宗中应当具备以下材料：①起诉状或口头起诉笔录；②答辩状或口头答辩笔录；③委托他人代理诉讼的，要有授权委托书；④必要证据；⑤询问当事人笔录；⑥审理笔录；⑦判决书、调解书、裁定书或调解协议；⑧送达和宣判笔录；⑨执行情况；⑩诉讼费收据。



(5) 适用简易程序审理的案件, 审理期限不得延长。在审理过程中, 发现案情复杂, 需要转为普通程序审理的, 可以转为普通程序, 由合议庭进行审理, 并及时通知双方当事人。审理期限从立案的次日起计算。

(6) 已经按照普通程序审理的案件, 在审理过程中无论是否发生了情况变化, 都不得改用简易程序审理。

真题演练

1. (2008-3-46)^① 甲与乙因借款合同发生纠纷, 甲向某区法院提起诉讼, 法院受理案件后, 准备适用普通程序进行审理。甲为了能够尽快结案, 建议法院适用简易程序对案件进行审理, 乙也同意适用简易程序。下列哪一选项是正确的?

- A. 普通程序审理的案件不能适用简易程序, 因此, 法院不可同意适用简易程序
- B. 法院有权将普通程序审理转为简易程序, 因此, 甲、乙的意见无意义
- C. 甲、乙可以自愿协商选择适用简易程序, 无须经法院同意
- D. 甲、乙有权自愿选择适用简易程序, 但须经法院同意

2. (2004-3-75)^② 某大学陈教授在讲授民事诉讼法课程后, 要求学生归纳简易程序的法律特点, 某学生回答了下列几点, 你认为哪些是正确的?

- A. 当事人各方可以自愿选择适用简易程序
- B. 当事人可以就适用简易程序提出异议
- C. 适用简易程序审理案件, 通常应当一次开庭审结
- D. 适用简易程序审理案件, 通常应当当庭宣判

3. (2004-3-76)^③ 下列哪些民事案件适用简易程序进行诉讼, 人民法院在开庭审理时应当先行调解?

- A. 劳务合同纠纷
- B. 宅基地纠纷
- C. 著作权纠纷
- D. 继承纠纷

考点三 民事判决、裁定与决定

重点法条

★第一百三十八条 判决书应当写明:

- (一) 案由、诉讼请求、争议的事实和理由;
- (二) 判决认定的事实、理由和适用的法律依据;
- (三) 判决结果和诉讼费用的负担;
- (四) 上诉期间和上诉的法院。

① D。

② ABCD。基层人民法院适用第一审普通程序审理的民事案件, 当事人各方自愿选择适用简易程序, 经人民法院审查同意的, 可以适用简易程序进行审理。人民法院不得违反当事人自愿原则, 将普通程序转为简易程序。当事人就适用简易程序提出异议, 人民法院认为异议成立的, 或者人民法院在审理过程中发现不宜适用简易程序的, 应当将案件转入普通程序审理。适用简易程序审理的民事案件, 应当一次开庭审结, 但人民法院认为确有必要再次开庭的除外。适用简易程序审理的民事案件, 除人民法院认为不宜当庭宣判的以外, 应当当庭宣判。

③ ABD。





判决书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。

★第一百三十九条 人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。

★★第一百四十条 裁定适用于下列范围：

- (一) 不予受理；
- (二) 对管辖权有异议的；
- (三) 驳回起诉；
- (四) 财产保全和先予执行；
- (五) 准许或者不准许撤诉；
- (六) 中止或者终结诉讼；
- (七) 补正判决书中的笔误；
- (八) 中止或者终结执行；
- (九) 不予执行仲裁裁决；
- (十) 不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书；
- (十一) 其他需要裁定解决的事项。

对前款第（一）、（二）、（三）项裁定，可以上诉。

裁定书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。口头裁定的，记入笔录。

考点解析

1. 民事判决

民事判决是指人民法院通过对民事案件的审理，查明事实，并根据事实，依据法律、法规的规定，对双方当事人之间的实体问题所作的结论性断定。民事判决是法院行使审判权的主要形式。

(1) 民事判决的分类

民事诉讼中的判决，从不同的角度可以对其作不同的划分：①全部判决和部分判决，这是从判决是终结案件的一部还是全部划分的，全部判决是人民法院审理案件终结后，依据事实和法律对全案所作的判决；部分判决是指人民法院就已查清的部分事实和请求所作的判决。民事诉讼法规定，人民法院审理案件，其中一部分已经查清的，可以就该部分先行判决。②依案件的性质，可以分为诉讼案件判决和非讼案件判决；③依民事判决的性质，可以分为给付判决、确认判决和变更判决；④依双方当事人是否出庭，可以分为对席判决和缺席判决；⑤依判决作出的时间，可分为原判决和补充判决；⑥依判决的法律效力，可分为生效判决和未生效判决。

(2) 民事判决的内容

民事判决书应当包括以下内容：①诉讼参加人的基本状况；②案由、诉讼请求、争议的事实和理由；③判决认定的事实、理由和适用的法律依据；④判决结果和诉讼费用的负担；⑤上诉期间和上诉的法院。以上五点是民事判决必须具备的基本内容。

2. 民事裁定

民事裁定是人民法院在审理民事案件过程中，为保证审判工作的顺利进行，就诉讼程序方面的有关事项所作的断定。

在民事诉讼中，裁定的适用范围主要有：不予受理的；对管辖权有异议的；驳回起诉

的；财产保全和先予执行的；准许或不准许撤诉的；中止或终结诉讼的；补正判决书中的笔误的；中止或终结执行的；不予执行仲裁裁决的；不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书及其他需要裁定解决的事项。其中，对于不予受理、驳回起诉、对管辖权有异议的裁定，如果不服可以在10日内上诉。

裁定通常由首部、正文部分和尾部三部分组成。首部应写明案由、审判组织和审判方式等；正文部分应写明事实、理由和结论；尾部应写明审判员、书记员及作出裁定的时间。

判决和裁定的相同点是二者都具有权威性、强制性和排他性，以国家强制力为后盾，任何人不得抗拒执行已经发生法律效力判决和裁定。非经法定的审判监督程序，任何人也不得改变发生法律效力判决和裁定。

3. 民事决定

民事决定是指人民法院在民事诉讼过程中，为保证诉讼活动的顺利进行，对诉讼程序中发生的特殊事项所作出的断定。

在民事诉讼中，民事决定主要适用于：对当事人申请回避问题的处理；对妨害民事诉讼行为的处理；对当事人申请顺延诉讼期间的处理；对人民法院提起再审案件的处理；对缓、减、免交诉讼费的处理等。

民事决定在表现形式上，可以书面作出，也可以口头作出，法律效力相同。口头决定应当记录在案，书面决定应当制作决定书，并送达有关人员。决定不同于判决和裁定，决定一经作出，立刻发生法律效力，没有上诉和抗诉的问题，但法律规定可以申请复议的，当事人可以申请复议一次，复议期间不停止决定的执行。

真题演练

1. (2006-3-77)^① 当事人对法院作出的下列哪些民事决定有权申请复议？

- A. 关于再审的决定
- B. 关于回避的决定
- C. 关于罚款的决定
- D. 关于拘留的决定

2. (2005-3-35)^② 某法院对甲乙之间的租赁合同纠纷案件作出了判决，当事人在上诉期内均未上诉。后该法院发现判决书将支付房租数额10 000元误写成了1 000元。法院对此应当如何处理？

- A. 作出补正错误的裁定书并送达双方当事人
- B. 通知收回判决书，重新制作判决书
- C. 由院长提交审判委员会讨论决定再审
- D. 裁定撤销判决书，重新制作

① BCD。申请人对关于回避的决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次，故B项正确。第105条规定，对罚款、拘留决定不服的，可以向上级人民法院申请复议一次，故C项、D项正确。关于再审的决定不能申请复议，故A项错误。

② A。本题提出的问题就是如何处理判决书中的笔误。正确的选项是A。B、D选项表达的判断是，通过新判决书来补正原判决书中的笔误，与《民事诉讼法》的规定不符，因此，B、D选项为错误选项。C选项表达的判断是判决书中的笔误要通过再审程序来补正。就C选项所涉及的法院启动的再审程序，再审中的“确有错误”应当是指事实认定、法律适用、诉讼程序方面的错误，不包括判决书中的笔误。因此，选项C也是错误的。



3. (2005 - 3 - 38)^① 对于人民法院作出的下列哪一种民事裁定、决定, 当事人不可以申请复议?

- A. 关于先予执行的裁定
- B. 关于回避问题的决定
- C. 关于管辖权异议的裁定
- D. 关于罚款的决定

4. (2004 - 3 - 71)^② 下列哪些民事裁判当事人有权申请复议?

- A. 关于财产保全的裁定
- B. 关于回避的决定
- C. 关于管辖权的裁定
- D. 除权判决



① C。对不予受理、管辖权异议、驳回起诉的裁定, 可以上诉, 而不可以申请复议, 因此, 选项 C 为正确选项。当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服, 可以申请复议一次, 因此, 选项 A 不是应选选项; 当事人接到回避问题的决定可以申请复议一次, 因此, 选项 B 不是应选选项。罚款、拘留应当用决定书。对决定不服的, 可以向上一级人民法院申请复议一次, 因此, 选项 D 不是应选选项。

② AB。只有 AB 项是可以申请复议的, 而 C 项是可以上诉, D 项可以起诉。

第十一讲 第二审程序

【本讲概要】 本讲应当了解第二审程序的概念、上诉的提起、上诉的撤回、上诉审理的范围、上诉审理的方式、上诉的裁判。理解第二审程序与第一审程序的关系、上诉撤回的效果、上诉审理方式的特点、上诉裁判的几种情形及效果。熟悉关于上诉的条件、上诉审理的方式、上诉的裁判的规定并能加以运用。

考点一 上诉的提起与受理

重点法条

★第一百四十七条 当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。

当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

★第一百四十八条 上诉应当递交上诉状。上诉状的内容，应当包括当事人的姓名，法人的名称及其法定代表人的姓名或者其他组织的名称及其主要负责人的姓名；原审人民法院名称、案件的编号和案由；上诉的请求和理由。

★★第一百四十九条 上诉状应当通过原审人民法院提出，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。

当事人直接向第二审人民法院上诉的，第二审人民法院应当在五日内将上诉状移交原审人民法院。

【关联法条】

《民诉意见》

★★163. 一审宣判后，原审人民法院发现判决有错误，当事人在上诉期内提出上诉的，原审人民法院可以提出原判决有错误的意见，报送第二审人民法院，由第二审人民法院按照第二审程序进行审理；当事人不上诉的，按照审判监督程序处理。

★165. 一审判决书和可以上诉的裁定书不能同时送达双方当事人的，上诉期从各自收到判决书、裁定书的次日起计算。

★176. 双方当事人和第三人都提出上诉的，均为上诉人。

★★177. 必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的，按下列情况处理：

(1) 该上诉是对与对方当事人之间权利义务分担有意见，不涉及其他共同诉讼人利益的，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明；

(2) 该上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见，不涉及对方当事人利益的，未上诉的同一方当事人为被上诉人，对方当事人依原审诉讼地位列明；



(3) 该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的,未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。

★★178. 一审宣判时或判决书、裁定书送达时,当事人口头表示上诉的,人民法院应告知其必须在法定上诉期间内提出上诉状。未在法定上诉期间内递交上诉状的,视为未提出上诉。

考点解析

第二审程序并不是民事诉讼的必经程序,也不是人民法院审理案件的必经程序,二审程序的启动,是基于当事人合法的上诉。上诉是指当事人不服第一审人民法院作出的未生效裁判,在法定期间,要求上一级人民法院对上诉请求有关的事实和适用法律,进行重新审理的诉讼行为。

上诉权是当事人的重要诉讼权利,当事人的上诉是第二审程序发生的前提,二审程序的启动是当事人的上诉和法院受理的结合。

(一) 上诉的主体与对象

1. 上诉的主体

上诉的主体是指哪些人可以上诉,可以对哪些人上诉。

(1) 上诉人。提起上诉的人称为上诉人,在民事诉讼中,原则上与案件处理结果有利害关系的当事人都可以独立提起上诉,具体包括:第一审程序中的原告和被告、共同诉讼人、诉讼代表人、有独立请求权的第三人及一审法院的判决认定其承担责任的无独立请求权的第三人。要注意,对于一审判决不承担责任的无独立请求权第三人,无权提起上诉。同时,无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人,可以代理当事人提起上诉。

(2) 被上诉人。被上诉人是上诉人的对方当事人,凡是第一审程序的当事人,都有可能成为被上诉人。双方当事人和第三人都提出上诉的,均为上诉人。

(3) 必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的,根据《民诉意见》第177条的规定,应当按照下列情况处理:

① 该上诉是对与对方当事人之间权利义务分担有意见,不涉及其他共同诉讼人利益的,对方当事人为被上诉人,未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明;

② 该上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见,不涉及对方当事人利益的,未上诉的同一方当事人为被上诉人,对方当事人依原审诉讼地位列明;

③ 该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的,未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。

2. 上诉的对象

上诉的对象,即上诉的客体,也就是哪些裁判可以上诉。

(1) 下列裁判可以上诉:

① 地方各级人民法院适用普通程序和简易程序审理后作出的第一审判决;

② 二审法院发回重审后的判决;

③ 按照第一审程序对案件再审作出的判决;

④ 可以上诉的裁定包括:不予受理的裁定、驳回起诉的裁定,以及关于管辖权异议的裁定。



(2) 下列裁判不得上诉:

- ① 按特别程序审理后作出的裁判;
- ② 第二审法院的终审裁判;
- ③ 最高人民法院的一审裁判;
- ④ 督促程序、公示催告程序、破产程序中的裁判;
- ⑤ 除了不予受理、驳回起诉和关于管辖权异议的三类裁定之外的其他裁定。

(3) 调解书不可以上诉。

(二) 上诉的期间与途径

1. 上诉的期间

上诉期间又称上诉期,即有上诉权的主体在什么期限内可以提起上诉。当事人不服地方人民法院第一审判决的,有权在判决书送达之日起15日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服地方人民法院第一审裁定的,有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。

上诉的期间从裁判文书送达之次日起计算。诉讼参加人各自接收裁判的,从各自的起算日开始计算;任何一方的上诉期未届满,裁判都是在上诉期内,裁判就没有发生法律效力。共同诉讼人上诉期间的计算,因共同诉讼的种类不同而不同,必要共同诉讼人的上诉期应以最后一个收到裁判的共同诉讼人的上诉期来计算。普通共同诉讼人的上诉期则分别计算。

2. 上诉的途径

当事人提起上诉的途径有两种,一是通过原审法院上诉,二是直接向上级人民法院上诉。

(1) 通过原审法院上诉。上诉状应当通过原审人民法院提出,并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。

(2) 直接向上级人民法院上诉。当事人直接向第二审人民法院上诉的,第二审人民法院应当在5日内将上诉状移交原审人民法院。

无论通过哪种途径上诉,原审人民法院收到上诉状后,应当在5日内将上诉状副本送达对方当事人,对方当事人在收到之日起15日内提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起5日内将副本送达上诉人。对方当事人不提出答辩状的,不影响人民法院审理。原审人民法院收到上诉状、答辩状,应当在5日内连同全部案卷和证据,报送第二审人民法院。

(三) 上诉状

上诉状是当事人表示不服一审人民法院未生效裁判,请求上一级人民法院变更原审裁判的诉讼文书。“上诉应当递交上诉状”,因此,对民事一审裁判的上诉,只能以上诉状的书面形式,不能以口头形式提出。

对此,《民诉意见》第178条规定,一审宣判时或判决书、裁定书送达时,当事人口头表示上诉的,人民法院应告知其必须在法定上诉期间内提出上诉状。未在法定上诉期间内递交上诉状的,视为未提出上诉。

(四) 上诉的受理

上诉的受理是指人民法院通过法定程序,对上诉主体资格及上诉状进行审查,接受审



理的诉讼行为。当事人提起上诉后，人民法院应当着重审查以下几项内容：

(1) 审查上诉的主体是否适格，上诉人是否有上诉权；

(2) 审查上诉的对象是否符合，是否属于可以上诉的裁判；

(3) 对上诉状进行审查，发现上诉状内容有欠缺需要补正的，原审人民法院应当告知上诉人及时补正；

(4) 对上诉期进行审查，看上诉是否超过了上诉的期限，对逾期上诉，要审查逾期上诉的原因是否符合顺延上诉期限的法定事由。

人民法院经过审查，认为当事人提起的上诉，符合法定的上诉条件的，应当受理，并履行法定的移交手续。人民法院依照第二审程序审理的案件，认为依法不应由人民法院受理的，可以由第二审直接裁定撤销原判，驳回起诉。

(五) 上诉的撤回

上诉的撤回是指上诉人依法提起上诉后，在二审法院判决宣告前，要求撤回其上诉请求的诉讼行为。

广义上当事人对上诉的撤回，包括两种情况：一是在上诉期内撤回上诉，对此人民法院应予准许，对于当事人是否上诉，应以上诉期内其最后一次的书面意思表示为准。二是上诉期超过之后的撤诉，对此要获得二审法院的准许，如果二审法院认为一审法院的裁判确有错误或者原审法院违反法定程序，可能影响案件正确裁判，需要改判或者发回重审的，不应准许其撤诉。

对此，《民诉意见》第190条规定，在第二审程序中，当事人申请撤回上诉，人民法院经审查认为一审判决确有错误，或者双方当事人串通损害国家和集体利益、社会公共利益及他人合法权益的，不应准许。撤回上诉是当事人行使自己的处分权的具体体现。二审法院裁定准许或者不准许撤回上诉，可以用书面形式，也可以用口头形式，二审法院对不准许上诉人撤回上诉的，可以用口头裁定驳回，并将裁定内容记入笔录；准许上诉人撤回上诉的，应以书面形式作出裁定，准许撤回上诉的裁定是终审的裁定。

真题演练

1. (2007-3-43)^① 甲在某报发表纪实报道，对明星乙和丙的关系作了富有想象力的描述。乙和丙以甲及报社共同侵害了他们的名誉权为由提起诉讼，要求甲及报社赔偿精神损失并公开赔礼道歉。一审判决甲向乙和丙赔偿1万元，报社赔偿3万元，并责令甲及报社在该报上书面道歉。报社提起上诉，请求二审法院改判甲和自己各承担2万元，以甲的名义在该报上书面道歉。二审法院如何确定当事人的地位？

- A. 报社是上诉人，甲是被上诉人，乙和丙列为原审原告
- B. 报社是上诉人，甲、乙、丙是被上诉人
- C. 报社是上诉人，乙和丙是被上诉人，甲列为原审被告
- D. 报社和甲是上诉人，乙和丙是被上诉人

^① B。在二审程序中，谁上诉谁是上诉人，甲并未上诉，所以不是上诉人，首先排除D选项；根据《民诉意见》第177条，必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的，该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的，未提出上诉的其他当事人均为被上诉人，本题属于这种情形，因此，正确的选项是B。

2. (2006-3-89)^① 根据《民事诉讼法》的规定, 第二审程序与审判监督程序具有下列哪些区别?

- A. 第二审程序与审判监督程序合议庭的组成形式不尽相同
- B. 适用第二审程序以开庭审理为原则, 而适用审判监督程序以书面审理为原则
- C. 第二审程序中法院可以以调解方式结案, 而适用审判监督程序不适用调解
- D. 适用第二审程序作出的裁判是终审裁判, 适用审判监督程序作出的裁判却未必是终审裁判

考点二 上诉案件的审理

重点法条

★★第一百五十一条 第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。

★★★第一百五十二条 第二审人民法院对上诉案件, 应当组成合议庭, 开庭审理。经过阅卷和调查, 询问当事人, 在事实核对清楚后, 合议庭认为不需要开庭审理的, 也可以径行判决、裁定。

第二审人民法院审理上诉案件, 可以在本院进行, 也可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

★第一百五十六条 第二审人民法院判决宣告前, 上诉人申请撤回上诉的, 是否准许, 由第二审人民法院裁定。

【关联法条】

《民诉意见》

★★★188. 第二审人民法院对下列上诉案件, 可以依照民事诉讼法第一百五十二条的规定径行判决、裁定:

- (1) 一审就不予受理、驳回起诉和管辖权异议作出裁定的案件;
- (2) 当事人提出的上诉请求明显不能成立的案件;
- (3) 原审裁判认定事实清楚, 但适用法律错误的案件。
- (4) 原判决违反法定程序, 可能影响案件正确判决, 需要发回重审的案件。

★189. 在第二审程序中, 作为当事人的法人或者其他组织分立的, 人民法院可以直接将分立后的法人或者其他组织列为共同诉讼人; 合并的, 将合并后的法人或者其他组织列为当事人。不必将案件发还原审人民法院重审。

^① AD. 发回重审的案件, 原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。审理再审案件, 原来是第一审的, 按照第一审程序另行组成合议庭; 原来是第二审的或者是上级人民法院提审的, 按照第二审程序另行组成合议庭。二审合议庭必须由审判员组成, 而原来是一审的审判监督程序合议庭中可以有人民陪审员, 故 A 项正确。无论是第二审程序还是审判监督程序都以开庭审理为原则, 故 B 项错误。在审判监督程序中也可适用调解, 故 C 项错误。人民法院按照审判监督程序再审的案件, 发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的, 按照第一审程序审理, 所作的判决、裁定, 当事人可以上诉, 故 D 项正确。



人民法院按照二审程序对案件进行审判,“第二审人民法院审理上诉案件,除依照本章规定外,适用第一审普通程序。”鉴此,本节主要对于二审程序审理的特殊性进行考察。

1. 二审的审理范围

在刑事诉讼中,二审程序实行全面审查原则,二审法院可以对一审的所有事实和法律问题进行审查,不受当事人上诉和检察院抗诉范围的限制,与刑事诉讼不同,民事诉讼二审法院的审判,范围受到一定限制。

“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。”对此,《民诉意见》第180条也规定,第二审人民法院依照《民事诉讼法》第151条的规定,对上诉人上诉请求的有关事实和适用法律进行审查时,如果发现在上诉请求以外原判确有错误的,也应予以纠正。这就说明,我国二审法院审查的范围,是限于上诉请求“有关”事实和适用法律进行审查,也就是要围绕着当事人的上诉请求进行的,但也不完全受这一原则限制,如果发现在上诉请求以外原判确有错误的,也应予以纠正,这实际上也有一部分全面审查的意味。

对此,《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第35条、第36条中又进一步阐释为:第二审案件的审理应当围绕当事人上诉请求的范围进行,当事人没有提出请求的,不予审查。但判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的除外。被上诉人在答辩中要求变更或者补充第一审判决内容的,第二审人民法院可以不予审查。

2. 二审的审理方式

二审的审理方式与一审不同,主要有以下两种。

(1) 开庭审理的方式

二审法院审理上诉案件时,以开庭审理为原则,不开庭审理为例外。二审法院采取开庭的方式审理案件时,像一审一样,应传唤和通知当事人与其他诉讼参与人到庭,开庭调查、辩论,并在此基础上进行合议庭评议和判决。二审法院合议庭的人员,应当全部由审判员组成,不能采用独任制,也不能有陪审员参加。

(2) 径行裁判的方式

所谓径行裁判的方式,是指二审法院审理上诉案件,经过阅卷和调查,询问当事人,在事实核对清楚后,合议庭认为不需要开庭审理的,可以径行判决、裁定。

对此,《民诉意见》第188条进一步具体规定,第二审人民法院对下列上诉案件,可以依照《民事诉讼法》第152条的规定径行判决、裁定:①一审就不予受理、驳回起诉和管辖权异议作出裁定的案件;②当事人提出的上诉请求明显不能成立的案件;③原审裁判认定事实清楚,但适用法律错误的案件;④原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决,需要发回重审的案件。

对于二审的审理地点,《民事诉讼法》规定,第二审人民法院审理上诉案件,可以在本院进行,也可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

3. 二审程序中的调解

法院调解是《民事诉讼法》的一项基本原则,无论是第一审程序还是第二审程序,都可以根据自愿与合法的原则,在事实清楚的基础上,分清是非,进行调解。因此,调解也



是第二审程序的结案方式之一。

对于二审中达成调解协议的效力,第二审人民法院审理上诉案件,可以进行调解。调解达成协议,应当制作调解书,由审判人员、书记员署名,加盖人民法院印章。调解书送达后,原审人民法院的判决即视为撤销。

另外,《民诉意见》第182~185条、第191条,对二审中的法院调解问题又作出了专门规定,主要内容有:

(1) 对当事人在一审中已经提出的诉讼请求,原审人民法院未作审理、判决的,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解,调解不成的,发回重审。

(2) 必须参加诉讼的当事人在一审中未参加诉讼,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解,调解不成的,发回重审。发回重审的裁定书不列应当追加的当事人。

(3) 在第二审程序中,原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解,调解不成的,告知当事人另行起诉。

(4) 一审判决不准离婚的案件,上诉后,第二审人民法院认为应当判决离婚的,可以根据当事人自愿的原则,与子女抚养、财产问题一并调解,调解不成的,发回重审。

(5) 当事人在二审中达成和解协议的,人民法院可以根据当事人的请求,对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人;因和解而申请撤诉,经审查符合撤诉条件的,人民法院应予准许。

真题演练

1. (2005-3-50)^① 四方公司与海通公司因合同纠纷进行诉讼,一审判决海通公司胜诉。四方公司不服,提起上诉。在第二审程序中,海通公司分立为海鸥公司和海洋公司。在此情况下,二审法院应如何处理?

- A. 将案件发回原审法院重审
- B. 将海鸥公司和海洋公司列为共同诉讼人,进行调解,调解不成,发回重审
- C. 将海鸥公司和海洋公司列为共同诉讼人,进行调解或者判决,不必发回重审
- D. 仍将海通公司列为当事人,进行调解或者判决,执行程序中再裁定海鸥公司和海洋公司为被执行人

2. (2002-3-71)^② 对下列哪些案件,二审人民法院可以采取书面审理方式径行作出判决?

- A. 被告在一审中提出了管辖权异议,一审法院驳回了被告的异议,被告不服提起上诉
- B. 二审法院对原告上诉请求审查后认为原告的请求明显不成立
- C. 被告在上诉时提交了其刚刚找到的合同原件
- D. 在一审中应当回避的人员没有回避

^① C。在第二审程序中,作为当事人的法人或者其他组织分立的,人民法院可以直接将分立后的法人或者其他组织列为共同诉讼人,不必将案件发回原审人民法院重审。

^② ABD。



重点法条

★第一百五十三条 第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决；

（二）原判决适用法律错误的，依法改判；

（三）原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

★第一百五十四条 第二审人民法院对不服第一审人民法院裁定的上诉案件的处理，一律使用裁定。

★★第一百五十五条 第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解。调解达成协议，应当制作调解书，由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。

★★第一百五十九条 人民法院审理对判决的上诉案件，应当在第二审立案之日起三个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

人民法院审理对裁定的上诉案件，应当在第二审立案之日起三十日内作出终审裁定。

【关联法条】

《民诉意见》

★★186. 人民法院依照第二审程序审理的案件，认为依法不应由人民法院受理的，可以由第二审人民法院直接裁定撤销原判，驳回起诉。

考点解析

（一）二审裁判的种类

二审法院对上诉案件经过审理后，根据不同情况，分别作出以下几种裁判。

1. 驳回上诉，维持原判

原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决。

2. 依法改判

适用的情形主要有：①原判决适用法律错误的，依法改判；②原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，可以在查清事实后改判。

3. 撤销原判，发回重审

适用的情形有：

（1）原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足的，可以裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。





(2) 原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。对此,《民诉意见》又对“违反法定程序”的情形加以了解释,主要有以下几种情形:①审理本案的审判人员、书记员应当回避未回避的;②未经开庭审理而作出判决的;③适用普通程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决的;④其他严重违反法定程序的。

4. 第二审人民法院对不服第一审人民法院裁定的上诉案件的处理,一律使用裁定

第二审人民法院查明第一审人民法院作出的不予受理裁定有错误的,应在撤销原裁定的同时,指令第一审人民法院立案受理;查明第一审人民法院作出的驳回起诉裁定有错误的,应在撤销原裁定的同时,指令第一审人民法院进行审理。人民法院依照第二审程序审理的案件,认为依法不应由人民法院受理的,可以由第二审人民法院直接裁定撤销原判,驳回起诉。

在上述二审的四种裁判方式中,对于二审法院撤销原判、发回重审的,有以下几点需要注意:

(1) 发回原审法院重审的案件,仍应按一审程序审理,审理后作出的裁判为一审裁判,当事人不服的仍可以上诉。

(2) 在第二审中,一方当事人提出新证据致使案件被发回重审的,对方当事人有权要求其补偿误工费、差旅费。第二审人民法院根据当事人提出的新证据对案件改判或者发回重审的,应当在判决书或者裁定书中写明对新证据的确认,不应当认为是第一审裁判错误。

(3) 在第二审程序中,作为当事人的法人或者其他组织分立的,人民法院可以直接将分立后的法人或者其他组织列为共同诉讼人;合并的,将合并后的法人或者其他组织列为当事人。不必将案件发还原审人民法院重审。

另外,在二审中当事人达成调解协议的,可以调解结案。

(二) 二审裁判的效力

第二审人民法院宣告判决可以自行宣判,也可以委托原审人民法院或者当事人所在地人民法院代行宣判。第二审人民法院的判决、裁定,是终审的判决、裁定,立即发生法律效力。对于具有给付内容的裁判,如果义务人拒不履行义务的,对方当事人有权向法院申请强制执行。对二审的裁判不服也不可以再行上诉,发现确有错误,只能按照审判监督程序向法院申请再审;当事人也不得就同一诉讼标的,以同一事实和理由重新起诉,但判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决维持收养关系的案件、调解维持收养关系的案件除外。

(三) 二审的审理期限

人民法院审理对判决的上诉案件,应当在第二审立案之日起3个月内审结。有特殊情况需要延长的,由本院院长批准。人民法院审理对裁定的上诉案件,应当在第二审立案之日起30日内作出终审裁定,对此,没有特殊情况延长的规定。

另外,在《经济审判规定》中要求:

(1) 上级人民法院决定调卷审查的案件,下级人民法院应当在接到上级人民法院调卷函后的15日内将全部案卷报送上级人民法院。如有特殊情况不能按期报送的,应当及时报告上级人民法院。

(2) 上级人民法院发函要求下级人民法院对已经发生法律效力的判决、裁定进行审查的,下级人民法院应当在收函之日起3个月内向上级人民法院报送审查结果或者审查情况。

真题演练

1. (2009-3-45)^① 某借款纠纷案二审中,双方达成调解协议,被上诉人当场将欠款付清。关于被上诉人请求二审法院制作调解书,下列哪一选项是正确的?

- A. 可以不制作调解书,因为当事人之间的权利义务已经实现
- B. 可以不制作调解书,因为本案属于法律规定可以不制作调解书的情形
- C. 应当制作调解书,因为二审法院的调解结果除解决纠纷外,还具有对一审法院的判决效力发生影响的功能
- D. 应当制作调解书,因为被上诉人已经提出请求,法院应当予以尊重

2. (2006-3-39)^② 甲起诉乙支付货款。一审判决后,乙提起上诉,并提出产品质量存在问题,要求甲赔偿损失。下列关于二审法院处理本案方式的哪一表述是正确的?

- A. 应当将双方的请求合并审理一并作出判决
- B. 应当将双方的请求合并进行调解,调解不成的,发回重审
- C. 应当将双方的请求合并进行调解,调解不成的,对赔偿损失的请求发回重审
- D. 应当将双方的请求合并进行调解,调解不成的,告知乙对赔偿损失的请求另行起诉

3. (2006-3-42)^③ 甲起诉乙请求离婚,一审判决不准离婚,甲不服提起上诉。二审法院审理后认为应当判决离婚。本案诉讼程序应当如何进行?

- A. 对离婚,子女抚养和财产问题一并进行调解,调解不成的,发回重审
- B. 直接改判离婚,并对子女抚养和财产问题进行调解,调解不成的,将子女抚养和财产问题发回重审
- C. 直接改判离婚,并对子女抚养和财产问题进行调解,调解不成的,子女抚养和财产问题另案处理
- D. 直接改判离婚,子女抚养和财产问题一并判决

4. (2006-3-50)^④ 季某诉赵某解除收养关系,一审判决解除收养关系,赵某不服提起上诉。二审中双方和解,维持收养关系,向法院申请撤诉。关于本案下列哪一表述是正确的?

- A. 二审法院应当准许当事人的撤诉申请
- B. 二审法院可以依当事人和解协议制作调解书,送达双方当事人
- C. 二审法院可以直接改判
- D. 二审法院可以裁定撤销原判

① C。

② D。《民诉意见》第184条规定,在第二审程序中,原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解,调解不成的,告知当事人另行起诉。

③ A。《民诉意见》第185条规定,一审判决不准离婚的案件,上诉后,第二审人民法院认为应当判决离婚的,可以根据当事人自愿的原则,与子女抚养、财产问题一并调解,调解不成的,发回重审。

④ A。《民诉意见》第191条规定,当事人在二审中达成和解协议的,人民法院可以根据当事人的请求,对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人;因和解而申请撤诉,经审查符合撤诉条件的,人民法院应予准许。





5. (2005-3-43)^① 甲对乙提起财产损害赔偿之诉, 一审法院判决甲胜诉。乙不服, 提出上诉。二审法院发现丙是必须参加诉讼的共同诉讼人, 便追加其参加诉讼。但丙既不参加诉讼, 也不表示放弃权利。在此情况下, 二审法院应如何处理?

- A. 仍将其列为二审的当事人, 依法作出判决
- B. 仍将其列为二审的当事人, 可以缺席判决
- C. 不能将其列为二审的当事人, 但可直接根据上诉人的请求作出判决
- D. 不能将其列为二审的当事人, 可以裁定撤销原判决、发回原审法院重审

6. (2003-3-24)^② 郑某诉刘某离婚一案, 一审法院判决不准离婚。郑某不服提出上诉。二审法院审理后认为当事人双方感情确已破裂, 应当判决离婚。二审法院采取以下何种做法是正确的?

- A. 直接改判离婚, 子女抚养和财产问题另案解决
- B. 直接改判离婚, 子女抚养和财产问题一并判决
- C. 在当事人自愿的情况下, 通过调解解决离婚、子女抚养和财产分割问题, 调解不成的, 发回重审
- D. 只对离婚事项作出判决, 子女抚养和财产分割问题发回重审

^① D。必须参加诉讼的当事人在一审中未参加诉讼, 第二审人民法院可以根据当事人自愿原则予以调解, 调解不成, 发回重审。发回重审的裁定书不列应当追加的当事人。丙既不参加诉讼, 也不表示放弃权利, 是无法进行调解的。调解不成, 只能发回重审。因此, 选项 D 是正确选项。选项 A、B 仍将丙列为当事人的处理方式, 剥夺了丙的审级利益, 因此, 是错误的选项; C 选项中的处理方式, 虽然不将丙列为二审当事人, 但根据上诉人的请求作出判决的处理方式违法, 也是错误的选项。

^② C。

第十二讲 特别程序、督促程序与公示催告程序

【本讲概要】 本讲应当了解特别程序的适用范围，各类适用特别程序的案件的审理程序，督促程序和公示催告程序的概念、适用的范围，支付令的概念、内容、条件、对支付令的异议，公示催告程序申请的提起和受理、公示催告程序案件的审理和裁判。理解特别程序的特点以及各类案件审理程序的特点、督促程序的意义、督促程序的特点、公示催告程序的特点和公示催告程序案件的裁判及效果。熟悉关于适用督促程序和支付令的规定、熟悉公示催告程序的适用范围和公示催告程序案件的审判程序，并能加以运用。

考点一 特别程序

重点法条

★★第一百六十一条 依照本章程序审理的案件，实行一审终审。选民资格案件或者重大、疑难的案件，由审判员组成合议庭审理；其他案件由审判员一人独任审理。

★第一百六十二条 人民法院在依照本章程序审理案件的过程中，发现本案属于民事权益争议的，应当裁定终结特别程序，并告知利害关系人可以另行起诉。

★第一百六十三条 人民法院适用特别程序审理的案件，应当在立案之日起三十日内或者公告期满后三十日内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。但审理选民资格的案件除外。

★★第一百六十四条 公民不服选举委员会对选民资格的申诉所作的处理决定，可以在选举日的五日以前向选区所在地基层人民法院起诉。

★第一百六十五条 人民法院受理选民资格案件后，必须在选举日前审结。

审理时，起诉人、选举委员会的代表和有关公民必须参加。

人民法院的判决书，应当在选举日前送达选举委员会和起诉人，并通知有关公民。

★第一百六十六条 公民下落不明满二年，利害关系人申请宣告其失踪的，向下落不明人住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明失踪的事实、时间和请求，并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。

★第一百六十七条 公民下落不明满四年，或者因意外事故下落不明满二年，或者因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存，利害关系人申请宣告其死亡的，向下落不明人住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明下落不明的事实、时间和请求，并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。



★第一百七十条 申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力，由其近亲属或者其他利害关系人向该公民住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的事实和根据。

第一百七十一条 人民法院受理申请后，必要时应当对被请求认定为无民事行为能力或者限制民事行为能力的公民进行鉴定。申请人已提供鉴定结论的，应当对鉴定结论进行审查。

★第一百七十二条 人民法院审理认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件，应当由该公民的近亲属为代理人，但申请人除外。近亲属互相推诿的，由人民法院指定其中一人为代理人。该公民健康情况许可的，还应当询问本人的意见。

人民法院经审理认定申请有事实根据的，判决该公民为无民事行为能力或者限制民事行为能力人；认定申请没有事实根据的，应当判决予以驳回。

★第一百七十三条 人民法院根据被认定为无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者他的监护人的申请，证实该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的原因为已经消除的，应当作出新判决，撤销原判决。

★第一百七十四条 申请认定财产无主，由公民、法人或者其他组织向财产所在地基层人民法院提出。

申请书应当写明财产的种类、数量以及要求认定财产无主的根据。

★第一百七十五条 人民法院受理申请后，经审查核实，应当发出财产认领公告。公告满一年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或者集体所有。

【关联法条】

《民诉意见》

★★193. 在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。

★195. 失踪人的财产代管人经人民法院指定后，代管人申请变更代管的，比照民事诉讼法特别程序的有关规定进行审理。申请有理的，裁定撤销申请人的代管人身份，同时另行指定财产代管人；申请无理的，裁定驳回申请。失踪人的其他利害关系人申请变更代管的，人民法院应告知其以原指定的代管人为被告起诉，并按普通程序进行审理。

★198. 被指定的监护人不服指定，应当在接到通知的次日起三十日内向人民法院起诉。经审理，认为指定并无不当的，裁定驳回起诉；指定不当的，判决撤销指定，同时另行指定监护人。判决书应送达起诉人、原指定单位及判决指定的监护人。

考点解析

特别程序，是指人民法院审理某些非民事权益争议案件所适用的程序。特别程序不同于一审普通程序和简易程序，是一种独立的审判程序。

1. 特别程序的适用条件

特别程序的适用，需要具备以下几项条件：

(1) 特别程序适用的法院。只有基层人民法院才能适用特别程序，中级人民法院不可以适用特别程序。

(2) 适用特别程序的案件。只有两类案件适用特别程序予以审理：一类是选民资格案



件；另一类是非讼案件。非讼案件包括宣告公民失踪、宣告公民死亡案件；认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件；认定财产无主案件。这些案件，都应当适用特别程序的规定进行审理。

2. 特别程序的审理特点

特别程序的审理不同于一审普通程序、简易程序，具有以下特殊性：

(1) 特别程序的性质是对某种法律事实进行确认。适用特别程序审理的案件，其目的不是解决双方当事人之间的民事权益冲突，而是确认某种法律事实是否存在、权利状态的有无或者公民是否享有某种资格、能否行使某种权利。特别程序审理的案件多是非讼案件。“人民法院在依照本章程序审理案件的过程中，发现本案属于民事权益争议的，应当裁定终结特别程序，并告知利害关系人可以另行起诉。”

(2) 没有原告和被告，启动特别程序的当事人比较特殊。特别程序基于申请人的申请或起诉人的起诉而开始，起诉人或者申请人不一定与本案有直接利害关系；有的可能有直接利害关系，有的可能没有直接利害关系。这与普通程序具有明显的区别。

(3) 审判组织特殊。根据特别程序审理案件，对选民资格案件或者重大、疑难的案件，由审判员组成合议庭审理；其他案件由审判员一人独任审理。

(4) 不适用审判监督程序。根据特别程序审理的案件，判决发生法律效力后，如发现认定事实或适用法律确有错误，由原审法院按特别程序的规定，撤销原判决，作出新判决。

(5) 实行一审终审。人民法院依照特别程序审理案件，实行一审终审制，判决书一经送达，即发生法律效力，申请人或起诉人不得提起上诉。

(6) 审理期限较短。按特别程序审理的案件，选民资格案件必须在选举日之前审结，其他案件应当在立案之日起30日内或公告期满后30日内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

(7) 免交诉讼费。特别程序审理的案件，不论当事人的情况如何，一律免交案件受理费。

3. 选民资格案件

选民资格案件是指公民本人或者其他有关的公民，认为选举委员会对于选民资格的申诉所作的处理决定不符合法律规定时，依法向本选区所在地的基层人民法院提起诉讼的案件。公民依法享有选举权和被选举权。我国《选举法》第28条规定：“对于公布的选民名单有不同意见的，可以向选举委员会提出申诉。选举委员会对申诉意见，应在3日内作出处理决定。申诉人如果对处理决定不服，可以在选举日的5日以前向人民法院起诉，人民法院应在选举日以前作出判决。人民法院的判决为最后决定。”

公民不服选举委员会对选民资格的申诉所作的处理决定，可以在选举日的5日以前向选区所在地基层人民法院起诉。人民法院受理选民资格案件后，必须在选举日前审结。审理时，起诉人、选举委员会的代表和有关公民必须参加。人民法院的判决书，应当在选举日前送达选举委员会和起诉人，并通知有关公民。

4. 宣告公民失踪、宣告公民死亡案件

公民离开自己的住所或经常居住地，下落不明持续时间满2年的，经利害关系人申请，法院审查属实后，应当依法宣告该公民失踪。公民因法律上规定的下落不明的事实状态，持续一定期间，经利害关系人申请，法院依法查清事实，确认宣告死亡的事实存在，作出判决，从法律上推定该公民死亡。



(1) 申请

公民下落不明满2年，利害关系人申请宣告其失踪的，向下落不明人住所地基层人民法院提出。申请书应当写明失踪的事实、时间和请求，并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。

公民下落不明满4年，或者因意外事故下落不明满2年，或者因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存，利害关系人申请宣告其死亡的，向下落不明人住所地基层人民法院提出。申请书应当写明下落不明的事实、时间和请求，并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。

(2) 公告

人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后，应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期间为3个月，宣告死亡的公告期间为1年。因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存的，宣告死亡的公告期间为3个月。公告期间届满，人民法院应当根据被宣告失踪、宣告死亡的事实是否得到确认，作出宣告失踪、宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。

(3) 失踪人的财产代管人

宣告失踪或者宣告死亡案件，人民法院可以根据申请人的请求，清理下落不明人的财产，指定诉讼期间的财产管理人。公告期满后，人民法院判决宣告失踪的，应同时依照《民法通则》第21条第1款的规定指定失踪人的财产代管人。

代管人的职责是，管理和保护好失踪人的全部财产，清偿失踪人失踪前所欠下的税款、债务和其他费用。如果失踪人的财产受到他人侵犯，代管人有权向法院提出诉讼，请求排除侵害，依法保护；造成损害的，应请求赔偿；失踪人对他人享有债权的，代管人可请求他人及时还债，也可以作为原告向法院提起诉讼。代管人应当尽职尽责，管理好失踪人的财产。代管人履行职责或者侵犯失踪人合法的财产权益的，失踪人的其他利害关系人可以向法院请求代管人赔偿损失，承担相应的责任，同时可请求法院变更财产保管人。

失踪人的财产代管人经人民法院指定后，代管人申请变更代管的，比照民事诉讼法特别程序的有关规定进行审理。申请有理的，裁定撤销申请人的代管人身份，同时另行指定财产代管人；申请无理的，裁定驳回申请。失踪人的其他利害关系人申请变更代管的，人民法院应告知其以原指定的代管人为被告起诉，并按普通程序进行审理。

(4) 宣告失踪后的宣告死亡

人民法院判决宣告公民失踪后，利害关系人向人民法院申请宣告失踪人死亡，从失踪的次日起满4年的，人民法院应当受理，宣告失踪的判决即是该公民失踪的证明，审理中仍应依照《民事诉讼法》第168条的规定进行公告。

(5) 宣告死亡的法律后果

公民被宣告死亡后，其民事权利能力随之被终止。原有的婚姻关系随之消灭，继承因宣告死亡而开始。宣告死亡结束了该公民以自己的住所或经常居住地为活动中心所发生的民事法律关系。但宣告死亡和自然死亡毕竟不同，如果该公民在异地生存，并不影响其民事活动。

(6) 失踪人重新出现

被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当作出新判决，撤销原判决。原判决撤销后，财产代管人的职责终止，无权再代管财产，并



对原代管的财产进行清理，负责返还给该公民。

法院撤销宣告死亡的判决后，该公民因死亡宣告而消灭的人身关系，有条件恢复的，可以恢复；原配偶在公民被宣告死亡期间尚未再婚的，夫妻关系从撤销宣告死亡判决之日起自行恢复；如果原配偶再婚后又离婚，或者再婚后其配偶死亡的，其夫妻关系不能自行恢复。被宣告死亡人在被宣告死亡期间，其子女如被他人收养，宣告死亡判决撤销后，以子女收养未经被收养人同意为理由，收养人和被收养人可以解除收养关系。

被宣告死亡人的财产，在宣告死亡期间被他人取得的，宣告死亡判决撤销后，该公民有权请求返还；依照继承法取得该公民财产的个人或组织，应当返还原物；原物不存在的，给予适当的补偿。利害关系人隐瞒真实情况，使他人被宣告死亡而取得财产的，该利害关系人除返还原物及孳息外，还应赔偿所造成的损失。

5. 认定公民无民事行为能力或者限制行为能力的案件

(1) 申请

申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力，由其近亲属或者其他利害关系人向该公民住所地基层人民法院提出。申请应当采用书面形式。申请书应当写明该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的事实和根据。

在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。

法院接受申请人的申请，经审查认为申请不合法或者精神不具备认定为无民事行为能力或者限制民事行为能力条件的，裁定驳回申请；申请手续完备，符合认定为无民事行为能力或者限制民事行为能力条件的，予以审理。

(2) 鉴定

人民法院受理申请后，必要时应当对被请求认定为无民事行为能力或者限制民事行为能力的公民进行鉴定。申请人已提供鉴定结论的，应当对鉴定结论进行审查。

(3) 审理

人民法院审理认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件，应当由该公民的近亲属为代理人，但申请人除外。近亲属互相推诿的，由人民法院指定其中一人为代理人。该公民健康情况许可的，还应当询问本人的意见。

人民法院经审理认定申请有事实根据的，判决该公民为无民事行为能力或者限制民事行为能力人；认定申请没有事实根据的，应当判决予以驳回。

被指定的监护人不服指定，应当在接到通知的次日起30日内向人民法院起诉。经审理，认为指定并无不当的，裁定驳回起诉；指定不当的，判决撤销指定，同时另行指定监护人。判决书应送达起诉人、原指定单位及判决指定的监护人。

(4) 行为能力的恢复

人民法院根据被认定为无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者他的监护人的申请，证实该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的原因已经消除的，应当作出新判决，撤销原判决，从法律上恢复该公民的行为能力。监护人的监护权因原判决撤销而消灭，不能再对该公民行使监护权。

6. 认定财产无主案件

认定财产无主案件，是指对于所有人不明或者所有人不存在的财产，法院根据申请人

的申请,查明属实后,作出判决,将其收归国家或集体所有。

(1) 申请。申请认定财产无主,由公民、法人或者其他组织向财产所在地基层人民法院提出。由申请人提出书面申请,申请书应当写明财产的种类、数量以及要求认定财产无主的根据。

(2) 公告。人民法院受理申请后,经审查核实,应当发出财产认领公告。公告满1年无人认领的,判决认定财产无主,收归国家或者集体所有。

认定财产无主案件,公告期间有人对财产提出请求,人民法院应裁定终结特别程序,告知申请人另行起诉,适用普通程序审理。

(3) 审理。公告满1年无人认领财产的,法院应作出财产无主的判决,同时根据财产的不同情况,收归国家或集体所有。判决送达后,立即发生法律效力,交付执行组织执行。执行组织应当发布执行令,责令财产的非法占有人交出财产;拒不交出的,应强制执行。

(4) 财产所有人重新出现的处理。判决认定财产无主后,原财产所有人或者继承人出现,在《民法通则》规定的诉讼时效期间可以对财产提出请求,人民法院审查属实后,应当作出新判决,撤销原判决。原判决撤销后,财产由其原所有人或合法继承人认领,占有财产的单位应当返还原物,原物不存在的,应当作价赔偿。

真题演练

1. (2009-3-49)^① 在基层人大代表换届选举中,村民刘某发现选举委员会公布的选民名单中遗漏了同村村民张某的名字,遂向选举委员会提出申诉。选举委员会认为,刘某不是本案的利害关系人无权提起申诉,故驳回了刘某的申诉,刘某不服诉至法院。下列哪一选项是错误的?

- A. 张某、刘某和选举委员会的代表都必须参加诉讼
- B. 法院应该驳回刘某的起诉,因刘某与案件没有直接利害关系
- C. 选民资格案件关系到公民的重要政治权利,只能由审判员组成合议庭进行审理
- D. 法院对选民资格案件作出的判决是终审判决,当事人不得对此提起上诉

2. (2008-3-34)^② 居民甲与金山房地产公司签订了购买商品房一套的合同,后因甲未按约定付款。金山公司起诉至法院,要求甲付清房款并承担违约责任。在诉讼中,甲的妻子乙向法院主张甲患有精神病,没有辨别行为的能力,要求法院认定购房合同无效。关于本案的说法,下列哪一选项是正确的?

- A. 法院应当通知甲的妻子作为法定诉讼代理人出庭进行诉讼
- B. 由乙或金山公司申请对甲进行鉴定,鉴定过程中,诉讼继续进行
- C. 法院可以依职权决定对甲进行鉴定
- D. 乙或金山公司可以向法院申请认定甲为无民事行为能力人,法院应裁定诉讼中止

^① B。

^② D。



3. (2007-3-82)^① 根据我国民事诉讼法的规定,下列哪些案件的审理程序中公告是必经的程序?

- A. 甲在车祸中导致精神失常,其妻向法院申请要求认定甲为无民事行为能力人
- B. 2005年1月乙被冲入大海后一直杳无音信,2007年3月其妻向法院申请宣告乙死亡
- C. 丙拿一张5万元的支票到银行兑现,途中遗失,丙向银行所在地的区法院提出申请公示催告
- D. 某施工单位施工时挖出一个密封的金属盒,内藏一本宋代经书,该施工单位向法院申请认定经书及盒子为无主财产

4. (2002-3-25)^② 张文有一名表。某日,张文的好友李进看到了这块表,表示愿出价3万元购买,张文立即表示同意,双方签订了合同,约定李进分3次将钱在2个月内付清。2个月后,李进只付了1万元,张文遂向法院起诉要求李进承担违约责任。在审理过程中,李进的父母来到法院称李进有间歇性精神病,签合同正处于发病状态,无法对自己的行为负责。同时李进的父母向法院申请宣告李进为限制民事行为能力人。对李进父母的申请,法院应如何处理?

- A. 应让李进的父母代理李进正在进行的诉讼
- B. 应对李进作法医鉴定,如果李进被确定有间歇性精神病,法院应当判决李进为限制民事行为能力人,同时宣布合同无效
- C. 应中止原诉讼,由李进的父母另行提起确认李进是限制民事行为能力人的特别程序
- D. 李进的父母不是本案当事人,其主张不应采纳

考点二 督促程序

重点法条

★★第一百九十一条 债权人请求债务人给付金钱、有价证券,符合下列条件的,可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令:

- (一) 债权人与债务人没有其他债务纠纷的;
- (二) 支付令能够送达债务人的。

申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据。

第一百九十二条 债权人提出申请后,人民法院应当在五日内通知债权人是否受理。

★★第一百九十三条 人民法院受理申请后,经审查债权人提供的事实、证据,对债权债务关系明确、合法的,应当在受理之日起十五日内向债务人发出支付令;申请不成立的,裁定予以驳回。

① BCD。认定民事行为能力的特别程序案件,可能经过鉴定程序,公告程序非其必经程序;人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后,应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期间为3个月,宣告死亡的公告期间为1年。因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存的,宣告死亡的公告期间为3个月。因此,B选项中的宣告死亡案件中,公告是必经程序。人民法院决定受理公示催告申请,应当同时通知支付人停止支付,并在3日内发出公告,催促利害关系人申报权利。因此,C选项中的公示催告程序案件中,公告程序也是其必经程序。人民法院受理申请后,经审查核实,应当发出财产认领公告。公告满1年无人认领的,判决认定财产无主,收归国家或者集体所有。因此,在D选项中的认定财产无主案件中,公告程序是其必经程序。

② C。





债务人应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。

债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。

★第一百九十四条 人民法院收到债务人提出的书面异议后，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效，债权人可以起诉。

【关联法条】

《民诉意见》

★215. 债权人向人民法院申请支付令，符合下列条件的，人民法院应予受理，并在收到申请后五日内通知债权人：

(1) 请求给付金钱或汇票、本票、支票以及股票、债券、国库券、可转让的存款单等有价证券的；

(2) 请求给付金钱或者有价证券已到期且数额确定，并写明了请求所根据的事实、证据的；

(3) 债权人没有对待给付义务的；

(4) 支付令能够送达债务人的。

不符合上述条件的，通知不予受理。

★★221. 依照民事诉讼法第一百九十二条的规定，债务人在法定期间提出书面异议的，人民法院无须审查异议是否有理由，应当直接裁定终结督促程序。债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力的，不影响支付令的效力。

债务人的口头异议无效。

★224. 督促程序终结后，债权人起诉的，由有管辖权的人民法院受理。

考点解析

督促程序，是指人民法院根据债权人的给付金钱和有价证券的申请，以支付令的形式，催促债务人限期履行债务的特殊程序，它也是一种迅速简便地保护债权人合法权益的非讼程序。

督促程序只适用于给付金钱、有价证券的案件，以其他财产或行为为内容的债权不可以适用。督促程序在审理上具有自己的特殊性，在督促程序中，没有对立双方当事人参加，也不经过辩论、调解和裁判等步骤，只是经过书面审查，以支付令的方式催促利害关系人履行义务。

支付令是人民法院根据债权人的申请，督促债务人限期清偿债务的法律文书。督促程序由债权人申请支付令而开始。“债权人请求债务人给付金钱、有价证券，符合下列条件的，可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令：①债权人与债务人没有其他债务纠纷的；②支付令能够送达债务人的。申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据。”申请支付令的条件为：

(1) 申请支付令的案件范围，只限于以金钱、有价证券为内容的债务，履行期已到，债务人不履行债务时。所谓金钱，是指可供流通和作为支付手段的货币，禁止流通的金、银等贵金属不包括在内。所谓有价证券，是指权利主体设立的旨在证明某种财产权利，权利人或持有人以此实现其权利的凭证，包括本票、汇票、支票、股票、公债券、国库券、债券等。



(2) 请求给付金钱或汇票、本票、支票以及股票、债券、国库券、可转让的存款单等有价证券，已到期且数额确定，并写明了请求所根据的事实、证据的；债权人在申请书中要明确地载明到期的时间和数额，否则，就不能申请支付令。

(3) 债权人与债务人没有其他债务纠纷。所谓没有其他债务纠纷，是指债权人对债务人没有对待给付的义务。

(4) 支付令能够送达债务人。即人民法院能够通过直接送达等方式，将支付令交付给债务人。如果债务人下落不明，无法送达，那么就不可以适用督促程序。

(5) 只能向有管辖权的基层人民法院申请。一是申请支付令的案件，是一种债权债务关系明确、合法的简单的民事案件，只能由基层人民法院管辖，中级人民法院不能够适用督促程序；二是通过支付令请求人民法院督促债务人履行债务，应适用一般地域管辖的规定。

申请支付令的程序和主要步骤包括：

1. 申请

债权人申请支付令，应向人民法院提出书面申请，同时附有债权文书。申请书应载明如下事项：第一，债权人、债务人的姓名、性别、年龄、职业和住所。当事人缺乏诉讼行为能力的，应载明其法定代理人或诉讼代理人。第二，债权人请求给付金钱的数额，或者有价证券的种类和数额，同时写明已到履行期限以及所依据的事实、理由。第三，请求发出支付令的基层人民法院。

2. 受理、发出支付令

债权人提出申请后，人民法院应当在5日内通知债权人是否受理。人民法院受理申请后，由审判员一人进行审查。经审查债权人提供的事实、证据，对债权债务关系明确、合法的，应当在受理之日起15日内向债务人发出支付令；经审查申请不成立的，应当在15日内裁定驳回申请，该裁定不得上诉。

人民法院审查后，认为符合法定条件的，制作和发出支付令。支付令应当记载如下事项：①债权人、债务人的姓名或名称；②债务人应当给付金钱、有价证券的数额、种类；③清偿债务或者提出异议的期限；④债务人在法定期间不提出异议的后果。支付令由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。如果经审查，发现申请不成立的，应当在15日内作出裁定，驳回申请。债权人不得对驳回申请的裁定提出上诉。

3. 支付令的效力

支付令具有两方面的效力：①限期债务人清偿债务的效力。债务人应当自收到支付令之日起15日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。②具有强制执行的效力。债务人在自收到支付令之日起15日的期间内不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。

4. 支付令异议

向债务人本人送达支付令，债务人拒绝接收的，人民法院可以留置送达。人民法院将支付令合法送达债务人后，债务人在15日的期间内有权提出异议。债务人提出支付令异议的条件为：①异议必须在法定期间内提出；②异议必须以书面的方式提出，口头异议无效；③债务人在法定期间提出书面异议的，人民法院无须审查异议是否有理由，应当直接裁定终结督促程序。债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力的，不影响支付令的效力。所以，异议要针对债权人的请求，如果债务人的异议只是陈述自己无力偿还债



务，那么异议不能成立。

如果债务人于法定期间内对支付令的申请提出异议，人民法院应当裁定终结督促程序，支付令自行失效，债权人可以起诉。债务人在收到支付令后，不在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。

5. 督促程序的终结

有下列情形之一的，督促程序终结：①债务人在法定期间内清偿了债务；②债务人在法定期间内提出书面异议，终结督促程序，支付令自行失效，债权人可以起诉；③在人民法院发出支付令前，申请人撤回申请的，应当裁定终结督促程序。终结督促程序的裁定书，由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。督促程序终结后，债权人起诉的，由有管辖权的人民法院受理。

真题演练

1. (四川 2008-3-84)① 甲因乙不返还借款向法院申请支付令，法院依法发出了支付令。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 法院审理该案时不开庭
- B. 债务人拒绝签收支付令时，法院可采取留置送达
- C. 法院对借款事实不作出判决加以认定
- D. 支付令在债务人没有提出异议或异议被驳回之后才具有法律效力

2. (2008-3-49)② 甲公司向乙公司购买了5万元的苹果，甲公司向乙公司提供的苹果不符合约定为由拒绝付款。为此，乙公司向法院申请支付令，要求甲公司支付货款。在支付令异议期间，甲公司既不提出异议又不履行义务，而是向另一法院提起诉讼，要求退货。下列说法中哪一项是正确的？

- A. 甲公司的起诉行为使支付令失去效力
- B. 甲公司的起诉行为不能阻止支付令的效力
- C. 甲公司的起诉行为产生债务人异议的法律后果
- D. 甲公司起诉后，受理支付令申请的法院应裁定终结督促程序

3. (2007-3-34)③ 对民事诉讼法规定的督促程序，下列哪一选项是正确的？

- A. 向债务人送达支付令时，债务人拒绝签收的，法院可以留置送达
- B. 向债务人送达支付令时法院发现债务人下落不明的，可以公告送达
- C. 支付令送达债务人之后，在法律规定的异议期间，支付令不具有法律效力
- D. 债务人对支付令提出异议，通常以书面的形式，但书写异议书有困难的，也可以口头提出

① ABC。根据《民事诉讼法》第193条规定，督促程序是一种非讼程序，它不解决当事人之间债权债务关系的争议，只是依照债权人申请而开始，请求人民法院直接发出支付令，不需要经过法庭审理。故A、C两项的说法正确。向债务人本人送达支付令，债务人拒绝接收的，人民法院可以留置送达。故B项的说法正确。债务人收到支付令后未于法定期限内提出异议，则支付令生效，一旦债务人提出了异议，应当直接裁定终结督促程序。所以D项的说法是错误的。本题的正确答案是ABC。

② B。

③ A。根据《民诉意见》第220条，A选项为正确选项。根据《民诉意见》第218条，B选项错误。C选项具有一定的迷惑性，对该选项的判断应建立在对支付令效力的全面认识上。C选项的表述认为在异议期内支付令没有法律效力，是对支付令法律效力的片面理解，因此，C选项应该排除。根据《民事诉讼法》第191条，D选项错误。

4. (2006-3-79)^① 甲因乙拒不归还到期借款而向法院申请支付令。法院审查后向乙发出支付令。下列哪些说法是正确的?

- A. 乙可以向法院提出异议, 由法院审查异议理由是否成立
- B. 乙可以向法院提出异议, 法院不审查理由
- C. 乙在法定期间既不提出异议也不履行的, 甲可以向法院申请强制执行
- D. 乙在法定期间内向本院就该借款纠纷起诉的, 支付令失效

5. (2004-3-74)^② 从民事诉讼法的规定来看, 督促程序和公示催告程序具有下列哪些共同特点?

- A. 程序的启动是基于权利人的申请, 无答辩程序
- B. 程序设计上无开庭审理阶段
- C. 都设置了义务人或利害关系人申报权利的程序
- D. 对法院的处理结果不服者, 均不能提出上诉, 也不能申请再审

6. (2002-3-65)^③ 具有下列哪些情形的案件不适用督促程序?

- A. 债务人下落不明但有可供执行的财产
- B. 债务已近履行期, 义务人明确表示将不履行债务
- C. 劳动合同履行期限已届满, 债务人拒不提供劳务
- D. 债务已到期但数额尚不能确定

7. (2003-3-76)^④ 个体工商户李某拖欠甲公司货款 5 万元, 甲公司多次催讨无果, 遂向李某所在地的基层人民法院申请支付令。法院受理后经过审查, 认为该申请成立。下列说法哪些是正确的?

- A. 如果在向李某送达支付令时, 李某拒绝接收, 人民法院可以留置送达
- B. 如果李某在法定期间提出书面异议, 人民法院应对异议理由是否成立进行审查
- C. 如果李某在法定期间向法院书面说明目前还钱确有困难并承诺在 2 个月后一定还清, 则支付令可不生效
- D. 如果李某在法定期间未提出书面异议但向甲公司所在地的人民法院起诉, 请求确认该债务已经偿还, 则支付令的效力不受影响

考点三 公示催告程序

重点法条

★第一百九十五条 按照规定可以背书转让的票据持有人, 因票据被盗、遗失或者灭失, 可以向票据支付地的基层人民法院申请公示催告。依照法律规定可以申请公示催告的

① BCD。债务人在法定期间提出书面异议的, 人民法院无须审查异议是否有理由, 应当直接裁定终结督促程序。故 A 项错误, B 项正确。债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的, 债权人可以向人民法院申请执行。故 C 项正确。债务人在收到支付令后, 不在法定期间提出书面异议, 而向其他人民法院起诉的, 不影响支付令的效力。注意是“其他人民法院”, 故 D 项正确。

② ABD。AD 项显然是正确的说法; B 项注意虽然公示催告有审理阶段, 但并不是开庭审理; C 项的错误在于督促程序并无申报权利的程序, 而是债务人异议程序。

③ ABCD。

④ AD。





其他事项，适用本章规定。

申请人应当向人民法院递交申请书，写明票面金额、发票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实。

★★第一百九十六条 人民法院决定受理申请，应当同时通知支付人停止支付，并在三日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于六十日。

★第一百九十七条 支付人收到人民法院停止支付的通知，应当停止支付，至公示催告程序终结。

公示催告期间，转让票据权利的行为无效。

★第一百九十八条 利害关系人应当在公示催告期间向人民法院申报。

人民法院收到利害关系人的申报后，应当裁定终结公示催告程序，并通知申请人和支付人。

申请人或者申报人可以向人民法院起诉。

★★第二百条 利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的，自知道或者应当知道判决公告之日起一年内，可以向作出判决的人民法院起诉。

【关联法条】

《民诉意见》

★★227. 人民法院收到公示催告的申请后，应当立即审查，并决定是否受理。经审查认为符合受理条件的，通知予以受理，并同时通知支付人停止支付；认为不符合受理条件的，七日内裁定驳回申请。

★230. 利害关系人在公示催告期间向人民法院申报权利的，人民法院应当裁定终结公示催告程序。利害关系人在申报期届满后，判决作出之前申报权利的，同样应裁定终结公示催告程序。

★232. 在申报权利的期间没有人申报的，或者申报被驳回的，公示催告申请人应自申报权利期间届满的次日起一个月内申请人民法院作出判决。逾期不申请判决的，终结公示催告程序。

★236. 人民法院依照民事诉讼法第一百九十四条规定通知支付人停止支付，应符合有关财产保全的规定。支付人收到停止支付通知后拒不止付的，除可依照民事诉讼法第一百零二条、第一百零三条规定采取强制措施外，在判决后，支付人仍应承担支付义务。

考点解析

（一）公示催告程序概念及范围

公示催告程序是指票据持有人，因票据被盗、遗失或者灭失，或者法律规定可以申请公示催告的其他事项，人民法院根据其提出的申请，以公告的方法，通知并催告不明的利害关系人在法定期间内申报权利，如无人主张权利，经申请人申请，作出除权判决的程序。公示催告程序是一种非诉讼的特殊程序。

“按照规定可以背书转让的票据持有人，因票据被盗、遗失或者灭失，可以向票据支付地的基层人民法院申请公示催告。依照法律规定可以申请公示催告的其他事项，适用本章规定。”票据持有人，是指票据被盗、遗失或者灭失前的最后持有人。公示催告程序适



用的案件范围，仅限于可以背书转让的票据被盗、遗失或者灭失的情形：

(1) 按照规定可以依背书转让的票据被盗、遗失或灭失时，申请人向支付地的基层人民法院申请公示催告。我国《票据法》第15条第3款规定：“失票人应当在通知挂失止付后3日内，也可以在票据丧失后，依法向人民法院申请公示催告，或者向人民法院提起诉讼。”

(2) 其他事项，持有人或占有人能否申请公示催告，以有关法律有无规定为准，《民事诉讼法》规定的依照法律规定可以申请公示催告的其他事项是指票据以外的其他证券，如指示证券、提单、仓单、公司股票等。

(二) 公示催告程序适用条件

公示催告程序的适用条件主要有：

(1) 公示催告程序适用的案件范围。

(2) 公示催告程序的开始必须基于权利人的申请。法院在经过认真审查后，认为申请符合法律规定的，应批准其申请并作出公示催告。但权利人没有提出申请的，法院不得依职权作出公示催告。

(3) 申请的原因：申请公示催告，以持有人持有的按照规定可以背书转让的票据被盗、遗失或灭失为条件，并且利害关系人处于不明状态。如果票据或其他事项持有人、占有人，在票据或其他事项转让中与相对人发生争议，应当按诉讼程序提起诉讼，不能适用公示催告程序。

(4) 申请的主体：公示催告的申请权由票据或其他事项的持有人或权利人行使。所谓票据或其他事项的持有人、权利人须具备两个条件：第一，票据的持有或对事项的占有是合法的；第二，票据或事项是在他手中丧失或情况不明的，即他是票据或其他事项丧失的最后持有人、占有人，仅对票据或其他事项主张权利的人，无权申请公示催告。

(5) 申请的法院：应当向票据支付地的基层人民法院申请公示催告。

(三) 公示催告程序的具体步骤

1. 申请

公示催告程序的启动，申请人应当向人民法院递交申请书，写明票面金额、发票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实。

申请书的内容应包括：

(1) 申请人的姓名、性别、年龄、民族、籍贯、职业、工作单位和住址。申请人为法人或其他组织的，应当写明法人或其他组织的名称、所在地和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务。

(2) 票据或其他事项的主要内容，包括票据或事项的性质、种类、票据金额、发票人、持票人、背书人、其他事项的权利人等，以及在票据或事项上记载的主要项目。

(3) 申请公示催告的理由和事实，包括票据或事项被盗、遗失或灭失的事实，以及申请人在票据或其他事项丧失前持有、占有的事实，用即时可以调查的证据说明以上事实，并提出申请公示催告的理由。

2. 受理

人民法院收到公示催告的申请后，应当立即审查，并决定是否受理。经审查认为符合受理条件的，通知予以受理，并同时通知支付人停止支付；认为不符合受理条件的，7日内裁定驳回申请。



3. 止付和公告

止付即通知停止支付。“人民法院决定受理申请，应当同时通知支付人停止支付，并在3日内发出公告，催促利害关系人申报权利。”支付人收到人民法院停止支付的通知，应当停止支付，至公示催告程序终结。公示催告期间，转让票据权利的行为无效。

《民诉意见》第236条规定，人民法院通知支付人停止支付，应符合有关财产保全的规定。支付人收到停止支付通知后拒不止付的，除可依照《民事诉讼法》规定采取强制措施外，在判决后，支付人仍应承担支付义务。

公示催告的公告应包括如下内容：①申请公示催告的申请人；②被盗、遗失或灭失的票据或其他事项的名称（如汇票、本票、支票、仓单或其他名称的指示证券）、丧失时间等；③指定申报权利的期间，催促对申请人所丧失的票据或事项主张权利的人应当在指定期间内如实申报权利；④逾期不申报权利的，即丧失所主张的权利；⑤发布公告和接受申报申请的法院；⑥发布公告的时间。上述事项为公告必须具备的内容，不能有欠缺，否则将影响公告的效力。如公告未指定申报权利的期间，或者没有提示不按期申报权利，即丧失所主张权利的后果，不得作出宣告该票据或其他事项无效的判决。

公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于60日。公告应张贴于人民法院公告栏内，并在有关报纸或其他宣传媒介上刊登；人民法院所在地有证券交易所的，还应张贴于该交易所。

公示催告申请人撤回申请，应在公示催告前提出；公示催告期间申请撤回的，人民法院可以径行裁定终结公示催告程序。

4. 申报权利

（1）对票据或其他事项主张权利的人，在公告指定期间内向受理申请的人民法院申报权利，使人民法院便于考虑是否判决宣告票据或事项无效。主张权利、申报权利的人，只能向受理申请的人民法院申报权利，不能向其他机关或申请人申报权利。

（2）人民法院收到利害关系人的申报后，应当裁定终结公示催告程序，并通知申请人和支付人。申请人或者申报人可以向人民法院起诉。《民诉意见》第230条规定：利害关系人在公示催告期间向人民法院申报权利的，人民法院应当裁定终结公示催告程序。利害关系人在申报期届满后，判决作出之前申报权利的，同样应裁定终结公示催告程序。终结公示催告程序的裁定书，由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。

利害关系人申报权利，人民法院应通知其向法院出示票据，并通知公示催告申请人在指定的期间查看该票据。公示催告申请人申请公示催告的票据与利害关系人出示的票据不一致的，人民法院应当裁定驳回利害关系人的申报。

由于利害关系人申报权利，人民法院终结公示催告程序后，公示催告申请人或者申报人向人民法院提起诉讼的，依照《民事诉讼法》的规定确定管辖。

5. 除权判决

一旦公示催告期满，受理法院即可根据申请人提出票据或其他事项无效的申请，在没有申报人申报权利，或者申报人主张权利的申报不成立的情况下，应当作出宣告票据或其他事项无效的除权判决。除权判决一经宣告即发生法律效力，对此不服不可以上诉。适用公示催告程序审理案件，可由审判员一人独任审理；判决宣告票据无效的，应当组成合议庭审理。

没有人申报权利的，人民法院应当根据申请人的申请，作出判决，宣告票据无效。判



决应当公告，并通知支付人。自判决公告之日起，申请人有权向支付人请求支付。《民诉意见》第232条规定：在申报权利的期间没有人申报的，或者申报被驳回的，公示催告申请人应自申报权利期间届满的次日起1个月内申请人民法院作出判决。逾期不申请判决的，终结公示催告程序。

除权判决的效力，体现于两个方面：①被催告申报权利的票据丧失效力，即该票据的持有人不能行使票据上的权利；②公示催告申请人根据人民法院判决行使票据上的权利，判决生效后，公示催告申请人有权依据判决向付款人请求付款，付款人不得拒绝。

但是，利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的，自知道或者应当知道判决公告之日起1年内，可以向作出判决的人民法院起诉。对此，利害关系人向人民法院起诉的，人民法院可按票据纠纷适用普通程序审理。

真题演练

1. (2009-3-89)① 甲公司因遗失汇票，向A市B区法院申请公示催告。在公示催告期间，乙公司向B区法院申报权利。关于本案，下列哪些说法是正确的？

- A. 对乙公司的申报，法院只就申报的汇票与甲公司申请公示催告的汇票是否一致进行形式审查，不进行权利归属的实质审查
- B. 乙公司申报权利时，法院应当组织双方当事人进行法庭调查与辩论
- C. 乙公司申报权利时，法院应当组成合议庭审理
- D. 乙公司申报权利成立时，法院应当裁定终结公示催告程序

2. (四川2008-3-43)② 甲公司因遗失一张汇票向A县法院申请公示催告，在公示催告期满后，乙公司向A县法院申报权利。经审查，乙公司的权利申报成立。法院应当如何处理此案？

- A. 法院应当直接判决汇票权利归乙公司享有
- B. 法院应当裁定将公示催告程序转为普通程序审理此案
- C. 因乙公司未能在公示催告期间届满前申报权利，法院应当作出除权判决
- D. 法院应当裁定终结公示催告程序

3. (2007-3-46)③ 甲的汇票遗失，向法院申请公示催告。公告期满后无人申报权利，甲申请法院作出了除权判决。后乙主张对该票据享有票据权利，只是因为客观原因而没能在判决前向法院申报权利。乙可以采取哪种法律对策？

- A. 申请法院撤销该除权判决
- B. 在知道或者应当知道判决公告之日起1年内，向作出除权判决的法院起诉
- C. 依照审判监督程序的规定，申请法院对该案件进行再审
- D. 在2年的诉讼时效期间之内，向作出除权判决的法院起诉

① AD。

② D。利害关系人在公示催告期间向人民法院申报权利的，人民法院应当裁定终结公示催告程序。利害关系人在申报期届满后，判决作出之前申报权利的，同样应裁定终结公示催告程序。本题中，乙公司是在申报期届满后，判决作出之前申报权利的，所以法院应当裁定终结公示催告程序，故本题的正确答案为D。

③ B。根据《民事诉讼法》第200条，利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的，自知道或者应当知道判决公告之日起1年内，可以向作出判决的人民法院起诉。



4. (2006-3-76)^① 下列关于公示催告程序特点的哪些说法是正确的?
- A. 公示催告程序仅适用于基层人民法院
B. 公示催告程序实行一审终审
C. 公示催告程序中没有答辩程序
D. 公示催告程序中没有开庭审理程序
5. (2006-3-81)^② 关于法院按公示催告程序作出的判决, 下列哪些表述是正确的?
- A. 可称之为无效判决
B. 可称之为除权判决
C. 是可以再审的判决
D. 利害关系人可以在判决公告之日起 1 年内起诉
6. (2005-3-40)^③ 下列哪一项表述符合公示催告程序的法律规定?
- A. 公示催告程序只适用于基层人民法院
B. 公示催告程序仅适用于各种票据的公示催告
C. 除权判决应当宣告票据是否无效
D. 当事人不服法院的除权判决, 可以提起上诉

① ABCD。公示催告可以向票据支付地的基层人民法院申请, 故 A 项正确。人民法院对公示催告案件无论用判决还是裁定方式结案, 当事人均不得提起上诉, 故实行一审终审, 故 B 项正确。公示催告程序中没有对立的双方当事人, 属于非诉程序, 不适用答辩程序和开庭审理程序, 故 C 项、D 项正确。

② BD。公示催告程序作出的宣告票据无效的判决称为除权判决而非无效判决, 故 A 项错误, B 项正确。按照督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序审理的案件以及依照审判监督程序审理后维持原判的案件, 当事人不得申请再审。故 C 项错误。利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的, 自知道或者应当知道判决公告之日起 1 年内, 可以向作出判决的人民法院起诉。故 D 项正确。

③ A。按照规定可以背书转让的票据持有人, 因票据被盗、遗失或者灭失, 可以向票据支付地的基层人民法院申请公示催告。因此, 选项 A 是正确选项。根据《公司法》第 150 条的规定, B 选项是错误的。没有人申报的, 人民法院应当根据申请人的申请, 作出判决, 宣告票据无效。判决应当公告, 并通知支付人。因此, 除权判决的内容就是宣告票据无效, 不存在确认票据有效的情形, 因此, C 选项错误。利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的, 自知道或者应当知道判决公告之日起 1 年内, 可以向作出判决的人民法院起诉, 因此, 当事人对除权判决不服的救济途径是另行起诉, 而不是上诉, D 选项错误。

第十三讲 审判监督程序

【本讲概要】 本讲应当了解审判监督程序的概念，基于审判监督权提起的再审、申诉制度、抗诉制度、再审案件的审判程序。理解审判监督程序的特点，再审提起与当事人申诉、检察院抗诉的关系，申请再审和抗诉的理由。熟悉再审提起的规定以及再审案件的审判程序并能加以运用。

考点一 再审程序的启动

重点法条

★★★第一百七十八条 当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。

第一百七十九条 当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：

- (一) 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- (二) 原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；
- (三) 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；
- (四) 原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；
- (五) 对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；
- (六) 原判决、裁定适用法律确有错误的；
- (七) 违反法律规定，管辖错误的；
- (八) 审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；
- (九) 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；
- (十) 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；
- (十一) 未经传票传唤，缺席判决的；
- (十二) 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；
- (十三) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。

对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定情形，或者审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，人民法院应当再审。

★第一百八十条 当事人申请再审的，应当提交再审申请书等材料。人民法院应当自收到再审申请书之日起五日内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起十五日内提交书面意见；不提交书面意见的，不影响人民法院审查。人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料，询问有关事项。



★★第一百八十一条 人民法院应当自收到再审申请书之日起三个月内审查，符合本法第一百七十九条规定情形之一的，裁定再审；不符合本法第一百七十九条规定的，裁定驳回申请。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

因当事人申请裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理。最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件，由本院再审或者交其他人民法院再审，也可以交原审人民法院再审。

★第一百八十二条 当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审。

第一百八十三条 当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审。

★★第一百八十四条 当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后二年内提出；二年后据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更，以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，自知道或者应当知道之日起三个月内提出。

第一百八十五条 按照审判监督程序决定再审的案件，裁定中止原判决的执行。裁定由院长署名，加盖人民法院印章。

【关联法条】

《民诉意见》

★★★209. 当事人就离婚案件中的财产分割问题申请再审的，如涉及判决中已分割的财产，人民法院应依照民事诉讼法第一百七十九条的规定进行审查，符合再审条件的，应立案审理；如涉及判决中未作处理的夫妻共同财产，应告知当事人另行起诉。

《民事再审程序解释》

★第二条 民事诉讼法第一百八十四条规定的申请再审期间不适用中止、中断和延长的规定。

★★第五条 案外人对原判决、裁定、调解书确定的执行标的物主张权利，且无法提起新的诉讼解决争议的，可以在判决、裁定、调解书发生法律效力后两年内，或者自知道或应当知道利益被损害之日起三个月内，向作出原判决、裁定、调解书的人民法院的上一级人民法院申请再审。

在执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，按照民事诉讼法第二百零四条的规定处理。

★第八条 人民法院受理再审申请后，应当组成合议庭予以审查。

第九条 人民法院对再审申请的审查，应当围绕再审事由是否成立进行。

★★第十条 申请再审人提交下列证据之一的，人民法院可以认定为民事诉讼法第一百七十九条第一款第（一）项规定的“新的证据”：

（一）原审庭审结束前已客观存在庭审结束后新发现的证据；

（二）原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或在规定的期限内不能提供的证据；

（三）原审庭审结束后原作出鉴定结论、勘验笔录者重新鉴定、勘验，推翻原结论的



证据。当事人在原审中提供的主要证据，原审未予质证、认证，但足以推翻原判决、裁定的，应当视为新的证据。

★第十二条 民事诉讼法第一百七十九条第一款第（五）项规定的“对审理案件需要的证据”，是指人民法院认定案件基本事实所必需的证据。

第十三条 原判决、裁定适用法律、法规或司法解释有下列情形之一的，人民法院应当认定为民事诉讼法第一百七十九条第一款第（六）项规定的“适用法律确有错误”：

- （一）适用的法律与案件性质明显不符的；
- （二）确定民事责任明显违背当事人约定或者法律规定的；
- （三）适用已经失效或尚未施行的法律的；
- （四）违反法律溯及力规定的；
- （五）违反法律适用规则的；
- （六）明显违背立法本意的。

★第十四条 违反专属管辖、专门管辖规定以及其他严重违法行使管辖权的，人民法院应当认定为民事诉讼法第一百七十九条第一款第（七）项规定的“管辖错误”。

★第十七条 民事诉讼法第一百七十九条第二款规定的“违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定”的情形，是指除民事诉讼法第一百七十九条第一款第（四）项以及第（七）项至第（十二）项之外的其他违反法定程序，可能导致案件裁判结果错误的情形。

★★第十八条 民事诉讼法第一百七十九条第二款规定的“审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为”，是指该行为已经相关刑事法律文书或者纪律处分决定确认的情形。

★第二十一条 人民法院可以根据案情需要决定是否询问当事人。

以有新的证据足以推翻原判决、裁定为由申请再审的，人民法院应当询问当事人。

★第二十二条 在审查再审申请过程中，对方当事人也申请再审的，人民法院应当将其列为申请再审人，对其提出的再审申请一并审查。

★第二十六条 人民法院审查再审申请期间，人民检察院对该案提出抗诉的，人民法院应依照民事诉讼法第一百八十八条的规定裁定再审。申请再审人提出的具体再审请求应纳入审理范围。

考点解析

（一）人民法院启动的再审

人民法院发现已经发生法律效力判决、裁定确有错误，基于审判监督权应当决定对案件再行审理。对民事案件基于审判监督权提起再审的法院有：各级人民法院院长及审判委员会、上级人民法院及最高人民法院。具体为：

（1）本院院长及审判委员会提起再审。各级人民法院院长对本院已经发生法律效力判决、裁定，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。

（2）上级人民法院提起再审。上级人民法院对于下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。上级法院决定提审的，通过下级法院，提取全部案件材料，作出裁定，由自己进行再审；指令下级法院再审的，说明情况指出理由，并告知下级法院。下级法院接到上级法院的通知后，应根据通知进行再审，并将再审结果上报发出指令的上级法院。



(3) 最高人民法院提起再审。最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

(二) 人民检察院启动的再审

1. 事由

与当事人申请再审一致。

2. 主体与方式

(1) 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有错误应当提出抗诉。

(2) 地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有错误应当提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。

3. 效果

(1) 法院的处理：人民检察院提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起30日内作出再审的裁定。

(2) 审理的法院

① 通常：接受抗诉的法院。

② 例外：可以交下一级人民法院再审，包括五种情形：有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的。

(三) 当事人的申请再审

1. 不得申请再审的内容

(1) 当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审。

(2) 当事人就离婚案件中的财产分割问题申请再审的，如涉及判决中已分割的财产，立案审理；如涉及判决中未作处理的夫妻共同财产，应告知当事人另行起诉。

(3) 按照督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序审理的案件，不得申请再审。

(4) 依照审判监督程序审理后维持原判的案件，当事人不得申请再审。

2. 申请再审的事由

(1) 判决、裁定

- ① 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- ② 原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；
- ③ 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；
- ④ 原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；
- ⑤ 对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；
- ⑥ 原判决、裁定适用法律确有错误的；
- ⑦ 违反法律规定，管辖错误的；
- ⑧ 审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；



⑨ 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；

⑩ 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；

⑪ 未经传票传唤，缺席判决的；

⑫ 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；

⑬ 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；

⑭ 对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定的情形；

⑮ 审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

(2) 调解书：调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律。

3. 时间

(1) 通常：2 年内。

(2) 例外：① 2 年后；② 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更，以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的；③ 自知道或者应当知道之日起 3 个月内提出。

4. 申请再审的法院

当事人向上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。

5. 当事人申请再审的程序

当事人申请再审的，应当提交再审申请书等材料。

6. 法院对再审申请的审查

(1) 期限：① 收到再审申请书之日起 3 个月内；② 有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

(2) 文书：裁定。

7. 再审案件的审理法院

(1) 因当事人申请裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理。

(2) 最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件，由本院再审或者交其他人民法院再审，也可以交原审人民法院再审。但有下列情形之一的，不得指令原审人民法院再审：① 原审人民法院对该案无管辖权的；② 审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的；③ 原判决、裁定系经原审人民法院审判委员会讨论作出的；④ 其他不宜指令原审人民法院再审的。

真题演练

1. (2009-3-87)① 甲公司诉乙公司合同纠纷案，南山市 S 县法院进行了审理并作出驳回甲公司诉讼请求的判决，甲公司未提出上诉。判决生效后，甲公司因收集到新的证据申请再审。下列哪些选项是正确的？

- A. 甲公司应当向 S 县法院申请再审
- B. 甲公司应当向南山市中级法院申请再审
- C. 法院应当适用一审程序再审本案
- D. 法院应当适用二审程序再审本案

① BD。



2. (四川 2008-3-44)^① 关于检察机关民事抗诉的表述, 下列哪一选项是正确的?

- A. 各级检察机关均享有法律规定的抗诉权
- B. 检察机关提出抗诉, 应当经当事人同意
- C. 对于检察机关提出抗诉的案件, 法院应当再审
- D. 对于检察机关提出抗诉而进行再审的案件, 法院应当组成由审判员组成的合议庭进行审理

3. (2005-3-37)^② 民事诉讼法规定, 人民检察院有权对民事审判活动进行法律监督。下列哪一种情形属于人民检察院进行民事检察监督的范围?

- A. 陪审员丁某审理合同纠纷案件的过程中接受当事人礼金 1000 元
- B. 证人马某接受当事人礼金 2000 元并提出了对该当事人有利的证言
- C. 法官周某就某仲裁案件向仲裁员提供了对该案件当事人红星公司有利的咨询意见, 红星公司以咨询费名义付给周法官 6000 元
- D. 法官陈某长期为某公司免费做法律顾问

4. (2005-3-41)^③ 某省甲市检察院根据某当事人的申诉, 发现甲市中级法院作出的二审判决适用法律确有错误。在此情况下, 甲市检察院应如何处理?

- A. 只能告知当事人向法院申请再审
- B. 向甲市中级法院提出抗诉
- C. 向一审法院提出抗诉
- D. 提请上一级检察院提出抗诉

5. (2004-3-35)^④ 下列何种民事诉讼案件的生效判决, 人民检察院应当提出抗诉?

- A. 某案的审判长在审理案件过程中犯交通肇事罪, 作出民事判决后被追究刑事责任
- B. 某案的审判长在审理案件过程中接受一方当事人价值 200 元的礼品, 但其判决认定事实和适用法律正确
- C. 某案证人在诉讼过程中接受一方当事人价值 200 元的礼品, 但其证言是真实的
- D. 某案的生效调解书认定的事实不正确

6. (2002-3-97~100) 鲁天(男)与谢威(女)于 1989 年结婚, 婚后二人感情不和, 常为琐事争吵。谢威多次与鲁天协商离婚, 均因财产处理问题无法达成一致而未成。1999 年 3 月, 谢威向法院提起诉讼, 要求解除与鲁天的婚姻关系。据此, 请回答下列 97~100 题。

97. ^⑤ 如果鲁天在 1999 年 3 月谢威向法院起诉前两年已离家出走, 法院应如何处理?

- A. 法院不能受理该案, 应当告知谢威先按特别程序申请宣告鲁天为失踪人
- B. 法院可以受理该案并且应在审理过程中同时宣布鲁天为失踪人
- C. 法院不能受理该案, 因为被告在起诉时下落不明

① C。不是各级检察机关均享有抗诉权, 故 A 项说法错误。抗诉权是检察机关法定的权利, 并不需要经当事人同意, 故 B 项说法错误。根据《民事诉讼法》第 188 条规定, C 项说法正确。D 项说法太绝对, 再审案件按照第一审程序审理的, 合议庭成员也可以有人民陪审员。故本题的正确答案为 C。

② A。陪审员受贿也属于检察院通过民事抗诉进行民事检查监督的范围之内事项, 选项 A 是应选选项。民事检察监督针对的主体是审判人员, 证人接受礼金的行为, 不属于民事抗诉的范围, 也不属于民事检察监督的范围, 因此, 选项 B 不是应选选项。法官周某和陈某是民事检察监督针对的主体, 但是, 他们的行为不是审理案件中的行为, 因此, 不属于民事抗诉的范围, 也不属于民事检察监督的范围, 因此, 选项 C、D 不是应选选项。

③ D。地方各级人民检察院对同级法院已经发生法律效力判决、裁定, 应当提请上级人民检察院按照审判监督程序提出抗诉。因此, D 选项正确, B、C 选项错误。

④ B。

⑤ D。

D. 法院可以受理该案并应用公告方式向鲁天送达诉讼文书

98. ① 如果法院审理该案的过程中发现谢威怀孕已 3 个月, 法院应当如何处理?

- A. 作出驳回起诉裁定
- B. 应当判决不准许离婚
- C. 中止诉讼, 待谢威分娩后 1 年再继续审理
- D. 可以继续审理

99. ② 如果法院在审理后认为原告与被告的感情确已破裂因而判决离婚并就财产分割问题一并作出处理, 判决生效后谢威认为法院判决不公正, 她可以就哪些方面问题申请再审?

- A. 就判决涉及的财产分割问题可以申请再审
- B. 对判决准许离婚可以申请再审
- C. 就判决书中的笔误可以申请再审
- D. 就子女的抚养权问题可以申请再审

100. ③ 如果法院的离婚判决生效后 1 年; 谢威听说鲁天在 1994 年曾因设计了一个办公软件而被公司奖励了 15 万元, 鲁天用这 15 万元为自己购买了一套商品房, 原判决中没有涉及该房子的处理。谢威向原审法院申请再审, 法院应如何处理?

- A. 接受申请并进行再审
- B. 可以组织双方当事人对房子的分割进行调解, 调解不成驳回申请
- C. 应当不予受理
- D. 应当告知谢威另行起诉

考点二 再审案件的审判

重点法条

★★第一百八十六条 人民法院按照审判监督程序再审的案件, 发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的, 按照第一审程序审理, 所作的判决、裁定, 当事人可以上诉; 发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的, 按照第二审程序审理, 所作的判决、裁定, 是发生法律效力的判决、裁定; 上级人民法院按照审判监督程序提审的, 按照第二审程序审理, 所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件, 应当另行组成合议庭。

★★第一百八十七条 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定, 上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定, 发现有本法第一百七十九条规定情形之一的, 应当提出抗诉。

地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定, 发现有本法第一百七十九条规定情形之一的, 应当提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。

★★第一百八十八条 人民检察院提出抗诉的案件, 接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起三十日内作出再审的裁定; 有本法第一百七十九条第一款第(一)项至第

- ① D。
- ② ACD。
- ③ D。





(五) 项规定情形之一的,可以交下一级人民法院再审。

第一百八十九条 人民检察院决定对人民法院的判决、裁定提出抗诉的,应当制作抗诉书。

★**第一百九十条** 人民检察院提出抗诉的案件,人民法院再审时,应当通知人民检察院派员出席法庭。

【关联法条】

《民诉意见》

★★**201.** 按审判监督程序决定再审或提审的案件,由再审或提审的人民法院在作出新的判决、裁定中确定是否撤销、改变或者维持原判决、裁定;达成调解协议的,调解书送达后,原判决、裁定即视为撤销。

★**210.** 人民法院提审或按照第二审程序再审的案件,在审理中发现原一、二审判决违反法定程序的,可分别情况处理:

(1) 认为不符合民事诉讼法规定的受理条件的,裁定撤销一、二审判决,驳回起诉。

(2) 具有本意见第 181 条规定的违反法定程序的情况,可能影响案件正确判决、裁定的,裁定撤销一、二审判决,发回原审人民法院重审。

《民事再审程序解释》

★**第二十七条** 上一级人民法院经审查认为申请再审事由成立的,一般由本院提审。最高人民法院、高级人民法院也可以指定与原审人民法院同级的其他人民法院再审,或者指令原审人民法院再审。

★★**第二十九条** 有下列情形之一的,不得指令原审人民法院再审:

(一) 原审人民法院对该案无管辖权的;

(二) 审判人员在审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的;

(三) 原判决、裁定系经原审人民法院审判委员会讨论作出的;

(四) 其他不宜指令原审人民法院再审的。

★**第三十二条** 人民法院开庭审理再审案件,应分别不同情形进行:

(一) 因当事人申请裁定再审的,先由申请再审人陈述再审请求及理由,后由被申请人答辩及其他原审当事人发表意见;

(二) 因人民检察院抗诉裁定再审的,先由抗诉机关宣读抗诉书,再由申请抗诉的当事人陈述,后由被申请人答辩及其他原审当事人发表意见;

(三) 人民法院依职权裁定再审的,当事人按照其在原审中的诉讼地位依次发表意见。

★**第三十三条** 人民法院应当在具体的再审请求范围内或在抗诉支持当事人请求的范围内审理再审案件。当事人超出原审范围增加、变更诉讼请求的,不属于再审审理范围。但涉及国家利益、社会公共利益,或者当事人在原审诉讼中已经依法要求增加、变更诉讼请求,原审未予审理且客观上不能形成其他诉讼的除外。经再审裁定撤销原判决,发回重审后,当事人增加诉讼请求的,人民法院依照民事诉讼法第一百二十六条的规定处理。

★**第三十四条** 申请再审人在再审期间撤回再审申请的,是否准许由人民法院裁定。裁定准许的,应终结再审程序。申请再审人经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,可以裁定按自动撤回再审申请处理。

人民检察院抗诉再审的案件,申请抗诉的当事人有前款规定的情形,且不损害国家利



益、社会公共利益或第三人利益的，人民法院应当裁定终结再审程序；人民检察院撤回抗诉的，应当准予。终结再审程序的，恢复原判决的执行。

★第三十五条 按照第一审程序审理再审案件时，一审原告申请撤回起诉的，是否准许由人民法院裁定。裁定准许的，应当同时裁定撤销原判决、裁定、调解书。

★第三十六条 当事人在再审审理中经调解达成协议的，人民法院应当制作调解书。调解书经各方当事人签收后，即具有法律效力，原判决、裁定视为被撤销。

★第三十九条 新的证据证明原判决、裁定确有错误的，人民法院应予改判。

申请再审人或者申请抗诉的当事人提出新的证据致使再审改判，被申请人等当事人因申请再审人或者申请抗诉的当事人的过错未能在原审程序中及时举证，请求补偿其增加的差旅、误工等诉讼费用的，人民法院应当支持；请求赔偿其由此扩大的直接损失，可以另行提起诉讼解决。

★第四十一条 民事再审案件的当事人应为原审案件的当事人。原审案件当事人死亡或者终止的，其权利义务承受人可以申请再审并参加再审诉讼。

★第四十二条 因案外人申请人民法院裁定再审的，人民法院经审理认为案外人应为必要的共同诉讼当事人，在按第一审程序再审时，应追加其为当事人，作出新的判决；在按第二审程序再审时，经调解不能达成协议的，应撤销原判，发回重审，重审时应追加案外人为当事人。

案外人不是必要的共同诉讼当事人的，仅审理其对该原判决提出异议部分的合法性，并应根据审理情况作出撤销原判决相关判项或者驳回再审请求的判决；撤销原判决相关判项的，应当告知案外人以及原审当事人可以提起新的诉讼解决相关争议。

考点解析

（一）再审案件的审理程序

人民法院按照审判监督程序重新审理案件，其审理程序要视情况而定：

（1）一审法院作出生效裁判的再审程序。人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力判决、裁定是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉。人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

（2）二审法院作出生效裁判的再审程序。人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力判决、裁定是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定，不准上诉，但合议庭仍应另行组成。再审案件按照第二审程序进行审理时人民法院必须开庭审理，双方当事人应该出庭，不能径行判决。被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。但对于原告经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，却不宜按照撤诉处理；同样，发现事实不清的，也不应发回第一审法院重审，而应由第二审法院自己纠正。

（3）上级法院提审的案件的再审程序。人民法院按照审判监督程序再审的案件，上级人民法院如果按照审判监督程序提审的，那么按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力判决、裁定。

（二）再审程序注意事项

（1）裁定中止原判决、裁定的执行。

注意：当事人申请再审时，不会停止原判决、裁定的执行，法院决定再审后，通过裁定才中止原判决、裁定的执行。

(2) 应当另行组成合议庭。

(三) 再审的调解与裁判

1. 调解

再审中可以调解，达成调解协议的，调解书送达后，原判决、裁定即视为撤销。

2. 裁判

(1) 人民法院提审或按照第二审程序再审的案件，在审理中发现原一、二审判决违反法定程序的，可分别情况处理：①认为不符合民事诉讼法规定的受理条件的，裁定撤销一、二审判决，驳回起诉。②具有《民诉意见》第181条规定的违反法定程序的情况，可能影响案件正确判决、裁定的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。

(2) 人民法院发现原一、二审判决遗漏了应当参加诉讼的当事人的，可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。

3. 案外人申请再审

(1) 因案外人申请人民法院裁定再审的，人民法院经审理认为案外人应为必要的共同诉讼当事人：①在按第一审程序再审时，应追加其为当事人，作出新的判决；②在按第二审程序再审时，经调解不能达成协议的，应撤销原判，发回重审，重审时应追加案外人为当事人。

(2) 案外人不是必要的共同诉讼当事人的：①仅审理其对原判决提出异议部分的合法性，并应根据审理情况作出撤销原判决相关判项或者驳回再审请求的判决；②撤销原判决相关判项的，应当告知案外人以及原审当事人可以提起新的诉讼解决相关争议。

真题演练

1. (2009-3-88)① 林某诉张某房屋纠纷案，经某中级法院一审判决后，林某没有上诉，而是于收到判决书20日后，向省高级法院申请再审。期间，张某向中级法院申请执行判决。省高级法院经审查，认为一审判决确有错误，遂指令作出判决的中级法院再审。下列哪些说法是正确的？

- A. 高级法院指令再审的同时，应作出撤销原判决的裁定
- B. 中级法院再审时应作出撤销原判决的裁定
- C. 中级法院应裁定中止原裁判的执行
- D. 中级法院应适用一审程序再审该案

2. (2008-3-35)② 赵某与黄某因某项财产所有权发生争议，赵某向法院提起诉讼，经一、二审法院审理后，判决该项财产属赵某所有。此后，陈某得知此事，向二审法院反映其是该财产的共同所有人，并提供了相关证据。二审法院经审查，决定对此案进行再审。关于此案的说法，下列哪一选项是正确的？

- A. 陈某不是本案一、二审当事人，不能参加再审程序
- B. 二审法院可以直接通知陈某参加再审程序，并根据自愿原则进行调解，调解不成

① CD。

② C。





的，告知陈某另行起诉

C. 二审法院可以直接通知陈某参加再审程序，并根据自愿原则进行调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审法院重审

D. 二审法院只能裁定撤销一、二审判决，发回原审法院重审

3. (2006-3-49)^① 某省高级人民法院依照审判监督程序审理某案，发现张某是必须参加诉讼的当事人，而一、二审法院将其遗漏。在这种情况下该省高级人民法院应当如何处理？

A. 可以通知张某参加诉讼，并进行调解，调解不成的，裁定撤销二审判决，发回二审法院重审

B. 可以通知张某参加诉讼，并进行调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回一审法院重审

C. 应当直接裁定撤销二审判决，发回二审法院重审

D. 甲只能直接裁定撤销一、二审判决，发回一审法院重审

4. (2005-3-39)^② 甲诉乙的合同纠纷案件，经一审、二审法院的审理，甲胜诉。乙申请再审，法院经审查决定再审。再审过程中，乙提出反诉。对此，法院应如何处理？

A. 将乙的反诉与甲提出的本诉合并审理

B. 裁定驳回乙的反诉

C. 判决驳回乙的反诉

D. 就反诉进行调解，调解不成的，告知乙另行起诉

^① B.《民诉意见》第211条规定，依照审判监督程序再审的案件，人民法院发现原一、二审判决，遗漏了应当参加的当事人的，可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。

^② D. 对二审案件适用二审程序进行再审，在第二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解，调解不成，告知当事人另行起诉。因此，本题的正确选项是D。A、B、C选项表述的是处理方式没有法律依据，所以都是错误选项。

第十四讲 执行程序

【本讲概要】 本讲应当了解执行的意义、执行程序的特点、执行的原则、执行的一般规定、执行的开始、执行措施、执行中止和执行终结。理解执行与审判的关系、申请执行与移送执行的关系、执行和解与诉讼调解的区别、执行担保与执行和解的关系。熟悉各种执行措施及实施程序、执行异议的程序及处理、执行中止和执行终结的规定，并能加以运用。

考点一 执行程序总论

重点法条

★★第二百零一条 发生法律效力民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。

法律规定由人民法院执行的其他法律文书，由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。

★★第二百零二条 当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

★第二百零三条 人民法院自收到申请执行书之日起超过六个月未执行的，申请执行人可以向上一级人民法院申请执行。上一级人民法院经审查，可以责令原人民法院在一定期限内执行，也可以决定由本院执行或者指令其他人民法院执行。

★★★第二百零四条 执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

第二百零五条 执行工作由执行员进行。

采取强制执行措施时，执行员应当出示证件。执行完毕后，应当将执行情况制作笔录，由在场的有关人员签名或者盖章。

人民法院根据需要可以设立执行机构。

★第二百零六条 被执行人或者被执行的财产在外地的，可以委托当地人民法院代为



执行。受委托人民法院收到委托函件后，必须在十五日内开始执行，不得拒绝。执行完毕后，应当将执行结果及时函复委托人民法院；在三十日内如果还未执行完毕，也应当将执行情况函告委托人民法院。

受委托人民法院自收到委托函件之日起十五日内不执行的，委托人民法院可以请求受委托人民法院的上级人民法院指令受委托人民法院执行。

★第二百零七条 在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。

一方当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据对方当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行。

★第二百零八条 在执行中，被执行人向人民法院提供担保，并经申请执行人同意的，人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。被执行人逾期仍不履行的，人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。

★第二百零九条 作为被执行人的公民死亡的，以其遗产偿还债务。作为被执行人的法人或者其他组织终止的，由其权利义务承受人履行义务。

★第二百一十条 执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已被执行的财产，人民法院应当作出裁定，责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行。

★★第二百一十三条 对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

- (一) 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
- (二) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；
- (三) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- (四) 认定事实的主要证据不足的；
- (五) 适用法律确有错误的；
- (六) 仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。

仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

★第二百一十四条 对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。

公证债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机关。

★★★第二百一十五条 申请执行的期间为两年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

前款规定的期间，从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。



【关联法条】

《民诉意见》

★254. 强制执行的标的应当是财物或者行为。当事人拒绝履行发生法律效力的判决、裁定、调解书、支付令的，人民法院应向当事人发出执行通知。在执行通知指定的期间被执行人仍不履行的，应当强制执行。

★256. 民事诉讼法第二百零七条第二款规定的由人民法院执行的其他法律文书，包括仲裁裁决书、公证债权文书。其他法律文书由被执行人住所地或者被执行人的财产所在地人民法院执行；当事人分别向上述人民法院申请执行的，由最先接受申请的人民法院执行。

★★273. 在执行中，作为被执行人的法人或者其他组织名称变更的，人民法院可裁定变更后的法人或者其他组织为被执行人。

《民事执行程序解释》

★第二十五条 多个债权人对同一被执行人申请执行或者对执行财产申请参与分配的，执行法院应当制作财产分配方案，并送达各债权人和被执行人。债权人或者被执行人对分配方案有异议的，应当自收到分配方案之日起十五日内向执行法院提出书面异议。

★第二十六条 债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的，执行法院应当通知未提出异议的债权人或被执行人。

未提出异议的债权人、被执行人收到通知之日起十五日内未提出反对意见的，执行法院依异议人的意见对分配方案审查修正后进行分配；提出反对意见的，应当通知异议人。异议人可以自收到通知之日起十五日内，以提出反对意见的债权人、被执行人为被告，向执行法院提起诉讼；异议人逾期未提起诉讼的，执行法院依原分配方案进行分配。

诉讼期间进行分配的，执行法院应当将与争议债权数额相应的款项予以提存。

★第二十七条 在申请执行时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，申请执行时效中止。从中止时效的原因消除之日起，申请执行时效期间继续计算。

★第三十条 执行员依照民事诉讼法第二百一十六条规定立即采取强制执行措施的，可以同时或者自采取强制执行措施之日起三日内发送执行通知书。

★第三十一条 人民法院依照民事诉讼法第二百一十七条规定责令被执行人报告财产情况的，应当向其发出报告财产令。报告财产令中应当写明报告财产的范围、报告财产的期间、拒绝报告或者虚假报告的法律后果等内容。

★第三十八条 在限制出境期间，被执行人履行法律文书确定的全部债务的，执行法院应当及时解除限制出境措施；被执行人提供充分、有效的担保或者申请执行人同意的，可以解除限制出境措施。

★第三十九条 依照民事诉讼法第二百三十一条的规定，执行法院可以依职权或者依申请执行人的申请，将被执行人不履行法律文书确定义务的信息，通过报纸、广播、电视、互联网等媒体公布。

媒体公布的有关费用，由被执行人负担；申请执行人申请在媒体公布的，应当垫付有关费用。

（一）执行根据

1. 法院制作的民事、行政判决书、裁定书、调解书，民事支付令和决定书。
2. 法院制作的有财产执行内容的刑事判决书和裁定书。
3. 仲裁机关制作的裁决书和调解书。
4. 公证机构制作的有强制执行效力的债权文书。
5. 法院制作的承认和执行外国法院判决、裁定或仲裁机构裁决的裁定书和执行令。

（二）执行管辖

1. 发生法律效力民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。
2. 发生法律效力的支付令，由制作支付令的人民法院负责执行。
3. 法律规定由人民法院执行的其他法律文书，由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。

4. 变更执行法院：

（1）条件。①情形：法院自收到申请执行书之日起超过6个月未执行。②申请：申请执行人可以向上一级人民法院申请执行。

（2）处理：人民法院经审查：①可以责令原人民法院在一定期限内执行。②也可以决定由本院执行或者指令其他人民法院执行。

（三）委托执行

1. 委托执行的适用条件：被执行人、被执行的财产在外地。
2. 受委托法院应当执行。

（1）受委托人民法院收到委托函件后，必须在15日内开始执行，不得拒绝。

（2）受委托人民法院自收到委托函件之日起15日内不执行的，委托人民法院可以请求受委托人民法院的上级人民法院指令受委托人民法院执行。

3. 紧急问题的处理。

受委托人民法院遇有需要中止或者终结执行的情形，应当及时函告委托人民法院，由委托人民法院作出裁定，在此期间，可以暂缓执行。受委托人民法院不得自行裁定中止或者终结执行。注意：谁委托执行，谁就有权决定中止或者终结执行。

（四）执行开始

1. 申请执行的条件

- （1）申请执行的法律文书已经生效。
- （2）申请执行人是生效法律文书确定的权利人或其继承人、权利承受人。

（3）申请执行人在法定期限内提出申请。①期限：2年，并且适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。②起算：从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。

（4）有给付内容，且执行标的和被执行人明确。

（5）义务人在生效法律文书确定的期限内未履行义务。





(6) 属于受申请执行的人民法院管辖。

2. 移送执行的范围

- (1) 具有给付赡养费、扶养费、抚育费内容的法律文书；
- (2) 民事制裁决定书；
- (3) 刑事附带民事判决、裁定、调解书；
- (4) 审判人员认为确应移送执行的其他法律文书。

(五) 不予执行的法定情形

1. 公证债权文书：确有错误。

2. 国内仲裁裁决：①当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；②裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；③仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；④认定事实的主要证据不足的；⑤适用法律确有错误的；⑥仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。⑦人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

3. 涉外仲裁裁决：①当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；②被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；③仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；④裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；⑤人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

(六) 执行中止和执行终结

1. 执行中止

有下列情形之一的，人民法院应当裁定执行中止：①申请人表示可以延期执行的；②案外人对执行标的提出确有理由的异议的；③作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或者承担义务的；④作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；⑤人民法院认为应当中止执行的其他情形。中止的情形消失后，恢复执行。

根据《执行工作规定》第102条的规定，人民法院裁定中止执行的情形还包括以下几种：①人民法院已受理以被执行人为债务人的破产申请的；②被执行人确无财产可供执行的；③执行的标的物是其他法院或仲裁机构正在审理的案件争议标的物，需要等待该案件审理完毕确定权属的；④一方当事人申请执行仲裁裁决，另一方当事人申请撤销仲裁裁决的；⑤仲裁裁决的被申请执行人向人民法院提出不予执行请求，并提供适当担保的。

2. 执行终结

有下列情形之一的，人民法院裁定终结执行：①申请人撤销申请的；②据以执行的法律文书被撤销的；③作为被执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的；④追索赡养费、扶养费、抚育费案件的权利人死亡的；⑤作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款，无收入来源，又丧失劳动能力的；⑥人民法院认为应当终结执行的其他情形。

3. 中止和终结执行的裁定，送达当事人后立即生效。

(七) 执行措施

1. 迟延履行利息和迟延履行金

(1) 给付金钱义务：双倍债务利息。

(2) 其他义务：迟延履行金。

2. 侵犯名誉权案件

侵权人拒不执行生效判决，不为对方恢复名誉、消除影响的，人民法院可以采取公告、登报等方式，将判决的主要内容及有关情况公布于众，费用由被执行人负担。

3. 国家执行威慑机制

(1) 情形：被执行人不履行法律文书确定的义务的；

(2) 措施：法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境，在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。

4. 不得执行的财产

根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第5条规定：

(1) 被执行人及其所扶养家属生活所必需的物品、必需的生活费用、完成义务教育所必需的物品、荣誉表彰的物品。

(2) 未公开的发明或者未发表的著作。

(3) 金融机构交存在中国人民银行的存款准备金和备付金、营业场所。

真题演练

1. (2009-3-86)^① 关于民事审判程序与民事执行程序的关系，下列哪些说法是错误的？

A. 民事审判程序是确认民事权利义务的程序，民事执行程序是实现民事权利义务关系的程序

B. 法院对案件裁定进行再审时，应当裁定终结执行

C. 民事审判程序是民事执行程序的前提

D. 民事执行程序是民事审判程序的继续

2. (2008-3-85)^② 关于现行民事执行制度，下列哪些选项是正确的？

A. 发生法律效力的判决的执行法院，包括案件的第一审法院和与第一审法院同级的被执行财产所在地法院

B. 案外人对执行标的异议的裁定不服的，可以根据执行标的的不同情况，选择提起诉讼或通过审判监督程序进行救济

C. 申请执行人与被申请执行人达成和解协议的，在和解协议履行期间，执行程序终结

D. 申请执行的期限因申请人与被申请人为自然人或法人而不同

3. (2006-3-87)^③ 根据民事诉讼法的规定，下列哪些情况下，法院应当裁定终结执行？

A. 申请执行人撤销申请

B. 据以执行的法律文书被撤销

C. 追索赡养费案件的权利人死亡

① BCD。

② AB。

③ ABC。案外人对执行标的提出确有理由的异议的，人民法院应当裁定中止执行。故D项不选。



D. 案外人对执行标的提出了确有理由的异议

4. (2005-3-72)^① 下列哪些文书可以作为民事执行根据?

A. 法院按督促程序发出的支付令

B. 行政判决书

C. 刑事附带民事判决书

D. 公证机关依法赋予强制执行效力的关于追偿债款的债权文书

5. (2005-3-73)^② 甲在网上发表文章指责某大学教授乙编造虚假的学术经历, 乙为此起诉。经审理, 甲被判决赔礼道歉, 但甲拒绝履行该义务。对此, 法院可采取下列哪些措施?

A. 由甲支付迟延履行金

B. 采取公告、登报等方式, 将判决的主要内容公布于众, 费用由甲负担

C. 决定罚款

D. 决定拘留

6. (2003-3-75)^③ 法院制作的生效法律文书的执行, 一般应当由当事人依法提出申请, 但有些情况下法院也可依职权进行。下列哪些生效法律文书可以由审判庭直接移送执行机构执行?

A. 具有给付赡养费、扶养费、抚育费内容的法律文书

B. 具有强制执行内容的民事制裁决定书

C. 刑事附带民事判决、裁定、调解书

D. 以撤销或变更已执行完毕的法律文书为内容的新判决书

考点二 执行程序分论

★第二百一十六条 执行员接到申请执行书或者移交执行书, 应当向被执行人发出执行通知, 责令其在指定的期间履行, 逾期不履行的, 强制执行。

被执行人不履行法律文书确定的义务, 并有可能隐匿、转移财产的, 执行员可以立即采取强制执行措施。

★第二百一十七条 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务, 应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。被执行人拒绝报告或者虚假报告的, 人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。

★第二百二十一条 人民法院查封、扣押财产时, 被执行人是公民的, 应当通知被执

① ABCD。执行机构负责执行下列生效法律文书: 人民法院民事、行政判决、裁定、调解书, 民事制裁决定书、支付令, 以及刑事判决附带民事判决、裁定、调解书; 公证机关依法赋予强制执行效力的关于追偿债款、物品的债权文书; 等等。

② ABCD。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的, 应加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的, 应当支付迟延履行金; 因此, 选项 A 正确; 根据《名誉权解答》规定, 侵权人拒不执行生效判决, 不为对方恢复名誉、消除影响的, 人民法院可以采取公告、登报等方式, 将判决的主要内容和有关情况公布于众, 费用由被执行人负担。拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的, 人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。因此, 选项 BCD 是正确选项。

③ ABCD。





行人或者他的成年家属到场；被执行人是法人或者其他组织的，应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的，不影响执行。被执行人是公民的，其工作单位或者财产所在地的基层组织应当派人参加。

对被查封、扣押的财产，执行员必须造具清单，由在场人签名或者盖章后，交被执行人一份。被执行人是公民的，也可以交他的成年家属一份。

★第二百二十四条 被执行人不履行法律文书确定的义务，并隐匿财产的，人民法院有权发出搜查令，对被执行人及其住所或者财产隐匿地进行搜查。

采取前款措施，由院长签发搜查令。

★★第二百二十九条 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

★第二百三十条 人民法院采取本法第二百一十八条、第二百一十九条、第二百二十条规定的执行措施后，被执行人仍不能偿还债务的，应当继续履行义务。债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。

★第二百三十一条 被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境，在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。

【关联法条】

《民诉意见》

★★266. 一方当事人不履行或者不完全履行在执行中双方自愿达成的和解协议，对方当事人申请执行原生效法律文书的，人民法院应当恢复执行，但和解协议已履行的部分应当扣除。和解协议已经履行完毕的，人民法院不予恢复执行。

★269. 民事诉讼法第二百一十二条规定的执行担保，可以由被执行人向人民法院提供财产作担保，也可以由第三人出面作担保。以财产作担保的，应提交保证书；由第三人担保的，应当提交担保书。担保人应当具有代为履行或者代为承担赔偿责任的能力。

★272. 其他组织在执行中不能履行法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定执行对该其他组织依法承担义务的法人或者公民个人的财产。

★284. 执行的标的物为特定物的，应执行原物。原物确已不存在的，可折价赔偿。

★★297. 被执行人为公民或者其他组织，在执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的或者已经起诉的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的，可以向人民法院申请参与分配。

★299. 被执行人为公民或者其他组织，在有其他已经取得执行依据的债权人申请参与分配的执行中，被执行人的财产参照民事诉讼法第二百零四条规定的顺序清偿，不足清偿同一顺序的，按照比例分配。清偿后的剩余债务，被执行人应当继续清偿。债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。

★300. 被执行人不能清偿债务，但对第三人享有到期债权的，人民法院可依申请执行人的申请，通知该第三人向申请执行人履行债务。该第三人对债务没有异议但又在通知指定的期限内不履行的，人民法院可以强制执行。

★301. 经申请执行人和被执行人同意，可以不经拍卖、变卖，直接将被执行人的财产作价交申请执行人抵偿债务，对剩余债务，被执行人应当继续清偿。

★第三条 人民法院受理执行申请后，当事人对管辖权有异议的，应当自收到执行通知书之日起十日内提出。

人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，应当撤销执行案件，并告知当事人向有管辖权的人民法院申请执行；异议不成立的，裁定驳回。当事人对裁定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。

管辖权异议审查和复议期间，不停止执行。

★第五条 执行过程中，当事人、利害关系人认为执行法院的执行行为违反法律规定的，可以依照民事诉讼法第二百零二条的规定提出异议。

执行法院审查处理执行异议，应当自收到书面异议之日起十五日内作出裁定。

★第六条 当事人、利害关系人依照民事诉讼法第二百零二条规定申请复议的，应当采取书面形式。

★第八条 上一级人民法院对当事人、利害关系人的复议申请，应当组成合议庭进行审查。

★★第十条 执行异议审查和复议期间，不停止执行。

被执行人、利害关系人提供充分、有效的担保请求停止相应处分措施的，人民法院可以准许；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。

★★第十一条 依照民事诉讼法第二百零三条的规定，有下列情形之一的，上一级人民法院可以根据申请执行人的申请，责令执行法院限期执行或者变更执行法院：

（一）债权人申请执行时被执行人有可供执行的财产，执行法院自收到申请执行书之日起超过六个月对该财产未执行完结的；

（二）执行过程中发现被执行人可供执行的财产，执行法院自发现财产之日起超过六个月对该财产未执行完结的；

（三）对法律文书确定的行为义务的执行，执行法院自收到申请执行书之日起超过六个月未依法采取相应执行措施的；

（四）其他有条件执行超过六个月未执行的。

★第十二条 上一级人民法院依照民事诉讼法第二百零三条规定责令执行法院限期执行的，应当向其发出督促执行令，并将有关情况书面通知申请执行人。

上一级人民法院决定由本院执行或者指令本辖区其他人民法院执行的，应当作出裁定，送达当事人并通知有关人民法院。

★第十六条 案外人异议审查期间，人民法院不得对执行标的进行处分。

案外人向人民法院提供充分、有效的担保请求解除对异议标的的查封、扣押、冻结的，人民法院可以准许；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。

因案外人提供担保解除查封、扣押、冻结有错误，致使该标的无法执行的，人民法院可以直接执行担保财产；申请执行人提供担保请求继续执行有错误，给对方造成损失的，应当予以赔偿。

★第十七条 案外人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼，对执行标的主张实体权利，并请求对执行标的停止执行的，应当以申请执行人为被告；被执行人反对案外人对执行标的所主张的实体权利的，应当以申请执行人和被执行人为共同被告。



★第二十一条 申请执行人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼，请求对执行标的许可执行的，应当以案外人为被告；被执行人反对申请执行人请求的，应当以案外人和被执行人为共同被告。

考点解析

（一）对执行行为的异议

- (1) 情形：执行行为违反法律规定。
- (2) 主体：当事人、利害关系人。
- (3) 法院：向负责执行的人民法院提出。
- (4) 形式：书面异议。
- (5) 处理：法院应当自收到书面异议之日起 15 日内审查：①理由成立的，裁定撤销或者改正；②理由不成立的，裁定驳回。
- (6) 复议：自裁定送达之日起 10 日内向上一级人民法院申请复议。

（二）对执行标的的异议

1. 执行异议的条件

- (1) 执行过程中；
- (2) 提出异议的主体必须是案外人；
- (3) 针对执行标的。

2. 程序问题

- (1) 异议一般采用书面形式，并提供相应的证据；以书面形式提出确有困难的，也允许以口头形式提出。
- (2) 审查期限：法院应当自收到书面异议之日起 15 日内审查。
- (3) 执行法院应当进行实质性审查，以确认异议人是否真的对执行标的享有权利。
- (4) 审查期间可以对财产采取查封、扣押、冻结等保全措施，但不得进行处分。
- (5) 理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。
- (6) 对裁定不服的救济：①案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；②与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。

（三）执行和解

1. 条件

- (1) 时间：执行中。
- (2) 主体：双方当事人。注意：执行中法院不得进行调解。
- (3) 方式：自行达成。
- (4) 一般应当采用书面形式：无书面协议的，执行人员应将和解协议的内容记入笔录，并由双方当事人签名或盖章。

2. 执行和解的效力

- (1) 执行和解协议不具有强制执行力；
- (2) 执行和解协议不具有撤销原执行文书的效力；
- (3) 执行和解具有中止或终结执行的效力。





3. 恢复执行

(1) 恢复执行的条件：①一方当事人不履行或不完全履行和解协议的；②对方当事人的申请。

(2) 恢复执行的对象：原生效法律文书。

(3) 和解协议已履行的部分应当扣除。和解协议已经履行完毕的，人民法院不予恢复执行。

(4) 申请期间：①适用《民事诉讼法》第215条申请执行期限的规定：2年。②中断：执行和解将产生执行时效中断的效力。

(四) 执行担保

1. 适用条件

(1) 被执行人或第三人向人民法院提供担保。

可以由被执行人向人民法院提供财产担保，也可以由第三人提供物保或人保。

(2) 申请执行人同意。

(3) 人民法院准许。

2. 效力

(1) 人民法院决定暂缓执行及暂缓执行的期限。

(2) 人民法院对暂缓执行的期限的决定权限制：①如果担保是有期限的，暂缓执行的期限应与担保期限一致；②最长不得超过1年。

3. 对被执行人不履行义务的措施

(1) 被执行人或担保人在暂缓执行期间有转移、隐藏、变卖、毁损等行为的，法院可以恢复强制执行。

(2) 被执行人在暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但以担保人应当履行义务部分的财产为限。

(五) 执行承担

1. 被执行人为公民的执行承担

作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。

2. 被执行人为法人或其他组织发生变更时的执行承担

执行中作为被执行人的法人或者其他组织分立、合并的，其权利义务由变更后的法人或者其他组织承受；被撤销的，如果依有关实体法的规定有权利义务承受人的，可以裁定该权利义务承受人为被执行人。

3. 被执行人为其他组织时的执行承担

(1) 被执行人为无法人资格的私营独资企业：裁定执行该独资企业业主的其他财产。

(2) 被执行人为这个人合伙组织或合伙型联营企业：裁定追加该合伙组织的合伙人或参加该联营企业的法人为被执行人。

(3) 被执行人为企业法人的分支机构不能清偿债务：裁定企业法人为被执行人，也可裁定执行企业法人其他分支机构的财产。



4. 在执行中，被执行的法人或其他组织名称变

裁定变更后的法人或者其他组织为被执行人。

（六）执行回转

1. 两种情形

(1) 据以执行的判决、裁定和调解书确有错误，被人民法院撤销的。

(2) 其他法律文书执行完毕后，被有关机关依法撤销的。

2. 执行回转的条件

(1) 执行程序已经完毕；

(2) 执行根据依法被撤销；

(3) 根据新的法律文书执行。

3. 执行回转的方式

依当事人申请或依职权，按照新的生效法律文书，作出执行回转的裁定，责令原申请执行人返还已取得的财产及其孳息。拒不返还的，强制执行。

（七）参与分配

1. 申请参与分配的条件

(1) 被执行人为公民或者其他组织。

(2) 申请人是被执行人的其他已经取得金钱债权执行依据的或者已经起诉的债权人。

(3) 被执行人的财产不能清偿所有债权。

2. 申请参与分配的时间

在执行程序开始后，被清偿前提出。

3. 参与分配的清偿原则

(1) 被执行人的财产参照破产财产的清偿顺序清偿。

(2) 参与分配中，优先权人、担保物权人仍享有优先受偿权。

(3) 与破产不同，适用参与分配清偿后的剩余债务，被执行人应当继续清偿。

（八）代位申请执行

1. 适用条件

(1) 被执行人不能清偿债务，但对第三人享有到期债权；

(2) 依申请执行人或被执行人的申请。

2. 人民法院通知的效力

15日内履行债务；15日内提出异议。

3. 第三人异议

(1) 必须在法定期间（15日内）内提出；

(2) 一般应当以书面形式提出，口头提出的，执行人员应记入笔录，并由第三人签字或盖章。

(3) 对异议不进行审查。但提出自己没有履行能力或者自己与申请执行人无直接法律关系，不属于异议。

(4) 有效异议，人民法院不得对第三人强制执行；

(5) 第三人提出部分异议的，对其承认的部分可以强制执行。



4. 对第三人的措施

(1) 法院有权裁定强制执行。条件：第三人收到履行通知后不提出异议，也不履行的。

(2) 擅自向被执行人履行：第三人收到人民法院要求其履行到期债务的通知后，擅自向被执行人履行，造成已向被执行人履行的财产不能追回的，除在已履行的财产范围内与被执行人承担连带清偿责任外，可以追究其妨害执行的责任。

(3) 不得再代位执行：在对第三人作出强制执行裁定后，第三人确无财产可供执行的，不得就第三人对他人享有的到期债权强制执行。

真题演练

1. (2009-3-48)^① 张某诉江某财产所有权纠纷案经判决进入执行程序，案外人李某向法院主张对该项财产享有部分权利。关于本案，下列哪一说法是错误的？

- A. 李某有权向法院申请再审
- B. 李某有权向法院起诉
- C. 如法院启动了再审程序，应当追加李某为当事人
- D. 李某有权向法院提出执行异议

2. (2009-3-50)^② 在民事执行中，被执行人朱某申请暂缓执行，提出由吴某以自有房屋为其提供担保，申请执行人刘某同意。法院作出暂缓执行裁定，期限为6个月。对于暂缓执行期限届满后朱某仍不履行义务的情形，下列哪一选项是正确的？

- A. 刘某应起诉吴某，取得执行依据可申请执行吴某的担保房产
- B. 朱某财产不能清偿全部债务时刘某方能起诉吴某，取得执行依据可申请执行吴某的担保房产
- C. 朱某财产不能清偿刘某债权时法院方能执行吴某的担保房产
- D. 法院可以直接裁定执行吴某的担保房产

3. (四川2008-3-38)^③ 甲、乙、丙三人合伙经营一小食品店，并依法登记取得了字号。因该合伙组织分别与A、B、C三公司纠纷的诉讼全部败诉而进入到执行程序。在执行中，该合伙组织的财产不足以清偿A、B、C三公司的债务。对此，法院应当如何处理？

- A. 裁定追加甲、乙、丙为被执行人
- B. 就合伙组织的财产依A、B、C三公司申请执行的先后顺序进行清偿
- C. 应当按A、B、C三公司的债权比例进行清偿
- D. 应当告知A、B、C三公司申请该合伙组织破产，按破产程序清偿

4. (四川2008-3-50)^④ 朱某诉孙某合同纠纷一案，法院判决孙某赔偿朱某损失5万元。孙某拒不履行赔偿义务，朱某申请强制执行。因无金钱可供执行，法院遂将孙某仅

① B。

② D。

③ A。《执行工作规定》第77条规定，被执行人为个人合伙组织或合伙型联营企业，无能力履行生效法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定追加该合伙组织的合伙人或参加该联营企业的法人为被执行人。

④ A。《执行工作规定》第40条规定，人民法院对被执行人所有的其他人享有抵押权、质押权或留置权的财产，可以采取查封、扣押措施。财产拍卖、变卖后所得价款，应当在抵押权人、质押权人或留置权人优先受偿后，其余部分用于清偿申请执行人的债权。根据规定可知，银行应当优先受偿，故本题的正确答案是A。



有的某项财产拍卖得8万元。在执行中,发现并查实孙某已将该项财产作为抵押向某银行贷款6万元且尚未清偿,该银行现提出行使抵押权。关于本案,下列哪一选项是正确的?

- A. 某银行应当优先受偿
- B. 朱某应当优先受偿,因其主张权利在先
- C. 某银行可以直接申请参与分配,与朱某按比例受偿
- D. 某银行应先行向法院起诉,取得执行依据后再向法院申请参与分配,与朱某按比例受偿

5. (2007-3-42)^① 在执行程序中,甲和乙自愿达成和解协议:将判决中确定的乙向甲偿还1万元人民币改为给付价值相当的化肥、农药。和解协议履行完毕后,甲以化肥质量不好向法院提出恢复执行程序。下列哪一选项是正确的?

- A. 和解协议无效,应恢复执行原判决
- B. 和解协议有效,但甲反悔后应恢复执行原判决
- C. 和解协议已履行完毕,应执行回转
- D. 和解协议已履行完毕,法院应作执行结案处理

6. (2007-3-84)^② 甲公司对乙公司的50万元债权经法院裁判后进入到强制执行程序,被执行人乙公司不能清偿债务,但对第三人(即丙公司)享有30万元的到期债权。甲公司欲申请法院对被执行人的到期债权予以执行。关于该执行程序,下列哪些选项是错误的?

- A. 丙公司应在接到法院发出的履行到期债务通知后的30日内,向甲公司履行债务或提出异议
- B. 丙公司如果对法院的履行通知提出异议,必须采取书面方式
- C. 丙公司在履行通知指定的期间内提出异议的,法院应当对提出的异议进行审查
- D. 在对丙公司作出强制执行裁定后,丙公司确无财产可供执行的,法院可以就丙公司对他人享有的到期债权强制执行

7. (2006-3-78)^③ 甲向法院申请执行乙的财产,乙除对案外人丙享有到期债权外,并无其他财产可供执行。法院根据甲的申请,通知丙向甲履行债务。但丙提出其与乙之间的债权债务关系存在争议,拒不履行。法院对此如何处理?

- A. 强制执行丙的财产
- B. 不得对丙强制执行
- C. 中止对乙的执行
- D. 裁定驳回甲对乙的执行申请

① D。本题中A、B选项是一组对立选项,根据《民事诉讼法》第207条规定,本题中的执行和解协议有效,因此,首先排除A选项。至于B选项所表述的甲反悔后应恢复执行原判决是否正确,与C、D选项又构成一组对立选项,根据《民诉意见》第266条和解协议已经履行完毕的,人民法院不予恢复执行。

② ABCD。被执行人不能清偿债务,但对本案以外的第三人享有到期债权的,人民法院可以依申请执行人或被执行人的申请,向第三人发出履行到期债务的通知(以下简称履行通知)。履行通知必须直接送达第三人。第三人对履行到期债权有异议的,应当在收到履行通知后的15日内向执行法院提出,因此,A选项所述次债务人的30日异议期错误。第三人对履行通知的异议一般应当以书面形式提出,口头提出的,执行人员应记入笔录,并由第三人签字或盖章,因此,B选项错误。第三人在履行通知指定的期间内提出异议的,人民法院不得对第三人强制执行,对提出的异议不进行审查,因此,C选项错误。在对第三人作出强制执行裁定后,第三人确无财产可供执行的,不得就第三人对他人享有的到期债权强制执行,因此,D选项错误。

③ BC。第三人在履行通知指定的期间内提出异议的,人民法院不得对第三人强制执行,对提出的异议不进行审查。本题中丙已经提出异议,因此不应付其强制执行,故B项正确,A项错误。《执行工作规定》第102条规定,被执行人确无财产可供执行的,人民法院应当裁定中止执行,故C项正确,D项错误。



8. (2004-3-48)① 甲公司根据生效判决书向法院申请强制执行。执行开始后, 甲公司与乙公司达成和解协议。和解协议约定: 将 80 万元债务减少为 70 万元, 协议生效之日起 1 个月内还清。协议生效 1 个月后, 乙公司并未履行协议的约定。下列做法哪一个是正确的?

- A. 甲就乙违反协议的行为, 向乙住所地法院提起民事诉讼
- B. 由法院执行和解协议
- C. 由法院依职权恢复原判决的执行
- D. 甲向法院申请恢复原判决的执行

9. (2004-3-49)② 甲公司因侵犯乙公司的商标权被法院判决赔偿乙公司损失 10 万元。该生效判决强制执行完毕后不久, 乙公司的注册商标因不具有显著性被依法定程序撤销。下列说法哪一个是正确的?

- A. 甲公司有权直接申请法院执行回转
- B. 甲公司有权在原判决生效之日起 6 个月内申请再审撤销原判决
- C. 甲公司无权直接要求乙公司返还 10 万元
- D. 甲公司有权要求乙公司赔偿损失

10. (2004-3-50)③ 北京 A 区的甲公司与上海 B 区的乙公司因合同纠纷诉至法院, A 区人民法院判决乙公司向甲公司赔偿损失 10 万元。判决生效后, 乙公司未自动履行, 甲公司遂向 A 区法院申请执行。A 区法院立案后委托乙公司所在地的 B 区人民法院代为执行。B 区法院接到委托执行书后, 发现乙公司早已资不抵债, 无财产可供执行。对此, 下列哪一种处理方法是正确的?

- A. 由 B 区法院裁定中止执行, 并及时告知 A 区人民法院
- B. 由 B 区法院裁定终结执行, 并及时告知 A 区人民法院
- C. B 区法院应及时函告 A 区法院, 由 A 区法院裁定中止执行
- D. B 区法院应及时函告 A 区法院, 由 A 区法院裁定终结执行

11. (2004-3-94~97) 某纺织公司诉某服装公司欠款 20 万元, 法院判决纺织公司胜诉, 执行过程中法院发现服装公司无力偿还, 但某商场欠服装公司货款 10 万元, 早已到期, 一直未还。请回答以下 94~97 题。

94. ④ 此种情况下, 谁可以提出执行商场的到期债务?

- A. 纺织公司
- B. 服装公司
- C. 法院依职权主动执行
- D. 法院征得商场同意予以执行

95. ⑤ 法院如果执行商场对服装公司的到期债务, 应当通知商场向谁履行?

- A. 纺织公司
- B. 服装公司
- C. 纺织公司或服装公司
- D. 向法院交付, 然后再由法院转交

① D。和解协议是没有强制执行力的, 如果不履行和解协议, 由当事人申请人民法院恢复执行原生效法律文书。

② C。首先, 注册商标被撤销, 并不是判决被撤销, 因此并不存在执行回转问题。其次, 申请再审是自判决生效之日起 2 年内提出; 再次, 商标权被撤销的, 对于民事案件并没有溯及力。《商标法实施条例》第 36 条规定: C 项正确, 而 D 项错误。

③ C。受委托人民法院遇有需要中止或者终结执行的情形, 应当及时函告委托人民法院, 由委托人民法院作出裁定, 在此期间, 可以暂缓执行。受委托人民法院不得自行裁定中止或者终结执行。

④ AB。

⑤ A。



96. ① 商场在履行通知指定的期间内提出异议的，法院应当如何处理？

- A. 对异议进行审查，异议成立的，停止执行
- B. 对异议进行审查，异议不成立的，予以强制执行
- C. 对异议不进行审查，但也不得强制执行
- D. 商场对债务部分承认、部分有异议的，可以对其承认的部分强制执行

97. ② 商场如提出下列意见，何者不构成异议？

- A. 商场与纺织公司之间不存在债权债务关系
- B. 商场没有偿还能力
- C. 商场与服装公司之间互有债务拖欠，债务抵销后，商场不欠服装公司款项
- D. 服装公司的服装不合格，商场对所欠服装公司 10 万元的货款不同意支付

12. (2008 - 3 - 47) ③ 甲诉乙侵权赔偿一案，经 A 市 B 区法院一审、A 市中级人民法院二审，判决乙赔偿甲损失。乙拒不履行生效判决所确定的义务，甲向 B 区法院申请强制执行，B 区法院受理后委托乙的财产所在地 C 市 D 区法院执行，在执行中，案外人丙向 D 区法院提出执行异议。对于丙的执行异议，D 区法院应当采取下列哪种处理方式？

A. 应当对异议进行审查，异议不成立的，应当裁定驳回；异议成立的，应当裁定中止执行，并函告 B 区法院

- B. 应当函告 B 区法院，由 B 区法院作出处理
- C. 应当报请 C 市中级人民法院处理
- D. 应当报请 A 市中级人民法院处理

13. (2008 - 3 - 89) ④ 执行法院对下列哪些财产不得采取执行措施？

- A. 被执行人未发表的著作
- B. 被执行人及其所扶养家属完成义务教育所必需的物品
- C. 金融机构交存在中国人民银行的存款准备金和备付金
- D. 金融机构的营业场所

14. (2002 - 3 - 66) ⑤ 张中阳因房屋出租与王辉发生纠纷并诉至法院，法院判决王辉一个月内迁出张中阳的房屋。一个月后王辉拒不腾房，张中阳向法院申请强制执行，在执行过程中张中阳欲与王辉和解，将房子卖给王辉，他就有关事宜询问了法院的执行人员。执行人员的下列解答，哪些是正确的？

- A. 判决已经生效，当事人要和解就必须先撤回执行申请
- B. 双方当事人应在执行完毕后签订新合同而不应在执行过程中和解
- C. 双方当事人可以在执行中自愿达成和解协议
- D. 如果王辉不履行和解协议的内容，张中阳可以申请恢复执行

15. (2003 - 3 - 23) ⑥ 拓海公司系私营独资企业，因欠债被诉诸法院，后被判令履行金钱给付义务。履行期限届满后，拓海公司仍未还债。经债权人申请，人民法院对其予以

-
- ① CD。
 - ② AB。
 - ③ B。
 - ④ ABCD。
 - ⑤ CD。
 - ⑥ D。

强制执行。经查，该公司无偿还能力。在下列后续措施中何种是正确的？

- A. 裁定中止执行，待被执行人有履行能力时再恢复执行
- B. 裁定终结执行
- C. 裁定宣告该公司破产
- D. 裁定执行该公司投资人的其他财产

16. (2003-3-69)^① 甲公司诉乙公司支付货款一案，乙公司在判决生效后未履行判决书所确定的义务，甲公司向法院申请强制执行。在执行过程中，乙公司提出目前暂时没有偿付能力，申请提供担保，对此，下列说法哪些是正确的？

- A. 乙公司的执行担保申请须经甲公司同意，并由人民法院决定
- B. 人民法院批准申请后，乙公司应当向人民法院提供财产担保，不能由第三人作担保
- C. 乙公司提供担保后，可以在人民法院决定的暂缓执行期间内与甲公司达成执行和解的协议
- D. 在暂缓执行期间，甲公司发现乙公司有转移担保财产的行为，人民法院可以恢复执行

^① ACD。



第十五讲 涉外民事诉讼程序

【本讲概要】 本讲应当了解涉外民事诉讼的概念，涉外民事诉讼程序的一般原则，涉外民事诉讼的管辖，涉外民事诉讼中关于期间、财产保全和送达的特殊规定，一般司法协助和特殊司法协助（对外国法院判决的承认与执行）。理解涉外民事诉讼程序与民事诉讼法的关系、涉外民事诉讼程序规定的特殊性。熟悉涉外民事诉讼管辖和特殊司法协助的规定并能加以运用。

考点一 涉外民事诉讼程序概述

重点法条

★第二百三十七条 对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。

★第二百三十八条 人民法院审理涉外民事案件，应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。当事人要求提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。

★第二百三十九条 外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师。

【关联法条】

《民诉意见》

★304. 当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织、或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件。

★308. 涉外民事诉讼中的外籍当事人，可以委托本国人为诉讼代理人，也可以委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人；外国驻华使、领馆官员，受本国公民的委托，可以以个人名义担任诉讼代理人，但在诉讼中不享有外交特权和豁免权。

考点解析

涉外民事诉讼程序是指人民法院对具有涉外因素的民事案件受理、审判和执行的活动，以及当事人进行诉讼活动的法定程序。

涉外民事诉讼，是指“具有涉外因素”的民事案件，包含三种情况：①主体涉外，即当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业和组织；②内容涉外，即指当事人之间争议的民事法律关系发生、变更、消灭的事实发生在外国；③客体涉外，是当事人之间争议的标的物在国外。有的涉外民事诉讼具有上述两个因素，有的只具有一个因素，但都



属于涉外民事诉讼。

我国《民事诉讼法》第四编专编对涉外民事诉讼程序作了特别规定。涉外民事诉讼在适用原则、管辖、期间、送达、财产保全、司法协助等方面具有特殊性。人民法院审理涉外民事案件时，有特别规定的，适用有关的特别规定；没有特别规定的，适用《民事诉讼法》的其他有关规定。

对于涉外民事诉讼的一般原则，是指在涉外民事程序中具有普遍指导性和适用性的共同准则。

1. 适用我国民事诉讼法的原则

适用程序法的属地主义原则，是各主权国家在司法上的重要原则。凡在我国人民法院进行民事诉讼，只能适用我国的民事诉讼法。具体说来：

(1) 任何个人、企业和组织在我国领域内进行民事诉讼，不管是外国人、无国籍人、外国企业和组织，还是中国的个人、企业和组织等，只要在我国起诉、应诉，都必须适用我国民事诉讼法。

(2) 凡是属于我国人民法院管辖的案件，我国人民法院享有管辖权，任何外国法院无权管辖；

(3) 任何外国法院的判决、裁定，以及外国仲裁机构的裁决，非经我国人民法院依法审查并予以承认后，在我国领域内不发生法律效力。

2. 信守国际条约的原则

人民法院审理涉外民事案件，应当遵守我国缔结或参加的国际公约。凡是我国参加或者缔结的国际条约，承认其在我国领域内有效；中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

3. 司法豁免权原则

由于“平等者之间无管辖权”，对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约规定办理。但在以下情况除外：

(1) 享有司法豁免权的外国人，其所属国主管机关明确宣布放弃司法豁免权的，驻在国法院则有权受理对其提起的民事诉讼。

(2) 享有司法豁免权的人，从事非职务活动而引起的民事纠纷，不享有司法豁免。

(3) 外交代表本人向驻在国法院提起诉讼，因而引起对方当事人反诉的，则不享有司法豁免权。

4. 委托中国律师代理诉讼的原则

外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师，外国律师不能以律师的身份参加诉讼。

在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。

根据《民诉意见》第308条、第309条规定，涉外民事诉讼中的外籍当事人，可以委托本国人为诉讼代理人，也可以委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人；外国驻华使、领馆官员，受本国公民的委托，可以以个人名义担任诉讼代理人，但在诉讼中不享有

外交特权和豁免权；涉外民事诉讼中，外国驻华使、领馆授权其本馆官员，在作为当事人的本国国民不在我国领域内的情况下，可以以外交代表身份为其本国国民在我国聘请中国律师或中国公民代理民事诉讼。港、澳、台地区的人寄交内地的授权委托书，按司法部《关于港澳同胞回内地申请公证而出具证明办法的通知》及其《补充通知》办理。

5. 使用我国通用的语言、文字原则

一个国家的司法机关审理涉外案件，使用本国通用的语言、文字，是其独立行使司法权的体现之一。人民法院审理涉外民事案件，应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。当事人要求提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。

真题演练

(四川 2008-3-82)^① 中日合资的甲公司与设在日本的日本乙公司（其在中国没有住所）在中国 A 县订立一份购销合同，合同约定乙公司向甲公司出售 5 台电子设备，并由乙公司负责将该电子设备运到甲公司所在地的 B 县。此外，还约定一旦发生争议无论向哪国法院起诉，均适用日本民事诉讼法。在合同履行过程中，甲公司发现乙公司提供的产品中有 2 台电子设备存在严重质量瑕疵，经交涉未能解决，于是向我国法院起诉，要求乙公司承担违约责任。下列哪些选项是正确的？

- A. A 县法院对本案有管辖权
- B. B 县法院对本案有管辖权
- C. 本案应当适用中国民事诉讼法
- D. 本案应当适用日本民事诉讼法

考点二 涉外民事诉讼管辖

重点法条

★★第二百四十一条 因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

★★★第二百四十二条 涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。

★第二百四十三条 涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院为有管辖权的法院。

★第二百四十四条 因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

^① ABC。根据《民事诉讼法》第 241 条规定，本案可以由合同签订地（中国 A 县）、合同履行地（中国 B 县）人民法院管辖。故 A 项和 B 项的说法正确。第 4 条规定，凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。根据《民事诉讼法》第 235 条规定，C 项的说法正确，D 项错误。





【关联法条】

《民诉意见》

★305. 依照民事诉讼法第三十四条和第二百四十四条规定，属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。但协议选择仲裁裁决的除外。

★★306. 中华人民共和国人民法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国人民法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同参加或者签订的国际条约另有规定的除外。

考点解析

涉外民事诉讼管辖是指一国法院受理涉外民事案件的范围。涉外民事诉讼不同于非涉外诉讼，对诉讼的管辖无论在原则上，还是在具体管辖制度上，与国内管辖的一般规定有所不同。

1. 涉外民事诉讼管辖的原则

涉外民事诉讼管辖的原则，是指确定涉外管辖时所依据的准则，也是涉外诉讼管辖制度所体现的原则。我国涉外民事诉讼管辖的基本原则有：

(1) 诉讼与法院所在地实际联系的原则。凡是诉讼与我国法院所在地存在一定实际联系的，我国法院都有管辖权。所谓“实际联系”，是指诉讼主体、客体、内容中的某方面与我国法院所在地存在一定事实上的联系。例如，当事人一方在我国，争议的标的物在我国，争议法律关系的发生、变更、消灭的事实在我国，都属于与诉讼有实际联系。对此，我国法院都有管辖权。

(2) 尊重当事人的意愿原则。在涉外民事诉讼管辖的确定中，要尊重当事人的意愿，这也是民事当事人处分权的体现。在涉外诉讼中，无论当事人一方是否是中国公民、法人或其他组织，在不违反级别管辖和专属管辖的前提下，都可以选择与争议有实际联系地点的法院管辖。

(3) 维护司法管辖权原则。司法管辖权是国家主权的重要组成部分。维护司法管辖权原则，是维护国家司法主权的体现。在涉外民事诉讼中，如果一方主体是中国公民、法人和其他组织，而且争议发生在中国，需要按照中国有关法律解决的诉讼，不能由外国法院管辖，只能由中国法院管辖。对此，民事诉讼法规定对部分案件我国行使专属管辖权，外国法院无权管辖。

2. 涉外民事诉讼管辖的种类

(1) 牵连管辖。牵连管辖是根据诉讼与法院所在地存在一定的牵连关系而确定的管辖。

因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

也就是说，在确定涉外民事纠纷与我国法院管辖的关系时要考察：①合同签订地；

②合同履行地；③诉讼标的物所在地；④可供扣押财产所在地；⑤侵权行为地；⑥代表机构住所地。只要有上述地点之一在我国，就可由该地的中国法院行使管辖权。

(2) 协议管辖。协议管辖是尊重当事人意志的体现。涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。可见涉外民事诉讼中的协议管辖与国内案件的协议管辖，在适用的案件范围和选择等方面存在区别。

(3) 应诉管辖。应诉管辖又可称为默示管辖，是指受诉法院对案件不一定有管辖权，但基于原告的起诉和被告的应诉，而确定其对案件的管辖权。

涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院为有管辖权的法院。

(4) 专属管辖。涉外案件的专属管辖范围不同于国内案件的专属管辖范围，因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

对于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。但协议选择仲裁裁决的除外。

另外，《民诉意见》第306条规定，中华人民共和国人民法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国人民法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同参加或者签订的国际条约另有规定的除外。

真题演练

1. (2009-3-81)^① 关于非涉外民事诉讼与涉外民事诉讼的协议管辖，下列哪些说法是正确的？

A. 非涉外民事诉讼协议管辖只能就合同纠纷进行协议，涉外民事诉讼可协议管辖的范围不限于合同纠纷

B. 非涉外民事诉讼协议管辖只能书面明示，涉外民事诉讼协议管辖可以口头的方式

C. 涉外民事诉讼协议管辖可以协议选择的法院范围广于非涉外民事诉讼

D. 非涉外民事诉讼协议管辖不可约定房产买卖合同纠纷案件的管辖法院，涉外民事诉讼协议管辖可以约定房产买卖合同纠纷案件的管辖法院

2. (2004-3-78)^② 下列关于涉外民事诉讼的表述，哪些符合民事诉讼法的规定？

A. 被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院是有管辖权的法院

B. 中外合资经营企业合作合同的中外双方当事人有权约定外方当事人所在国的法院管辖

C. 财产保全可以依当事人申请进行，也可由法院主动依职权进行

D. 当事人不服一审判决的，有权在判决送达之日起30日内提起上诉

① AC。

② AD。



重点法条

★★第二百四十五条 人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列方式：

（一）依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；

（二）通过外交途径送达；

（三）对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；

（四）向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；

（五）向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；

（六）受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；

（七）不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满六个月，即视为送达。

★★第二百四十六条 被告在中华人民共和国领域内没有住所的，人民法院应当将起诉状副本送达被告，并通知被告在收到起诉状副本后三十日内提出答辩状。被告申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

★第二百五十条 人民法院裁定准许诉前财产保全后，申请人应当在三十日内提起诉讼。逾期不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

★第二百五十一条 人民法院裁定准许财产保全后，被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

第二百五十二条 申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

★第二百五十三条 人民法院决定保全的财产需要监督的，应当通知有关单位负责监督，费用由被申请人承担。

【关联法条】

《民诉意见》

★310. 涉外民事诉讼中，经调解双方达成协议，应当制发调解书。当事人要求发给判决书的，可以依协议的内容制作判决书送达当事人。

★★311. 当事人双方分别居住在我国领域内和领域外，对第一审人民法院判决、裁定的上诉期，居住在我国领域内的为民事诉讼法第一百四十七条所规定的期限；居住在我国领域外的为三十日。双方的上诉期均已届满没有上诉的，第一审人民法院的判决、裁定即发生法律效力。

考点解析

涉外民事诉讼具体特殊性，在适用的期间、送达、财产保全等具体程序上，不同于国





内民事案件。

1. 涉外民事诉讼的期间

在涉外民事诉讼中，如果当事人在我国领域内有住所的，适用《民事诉讼法》关于期间的一般规定。如果当事人不在我国领域内居住的，则应适用《民事诉讼法》涉外诉讼程序中的特别规定。涉外民事诉讼的期间，不同于国内诉讼期间的规定有：

(1) 被告答辩期的特殊规定。被告在我国领域内没有住所的，人民法院应当将起诉状副本送达被告，并通知被告在收到起诉状副本后 30 日内，提出答辩状。被告申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

(2) 上诉期和答辩期的特殊规定。在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起 30 日内提起上诉。被上诉人在收到上诉状副本后，应当在 30 日内提出答辩状。当事人不能在法定期间提起上诉或者提出答辩状，申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

对此，《民诉意见》第 311 条规定，当事人双方分别居住在我国领域内和领域外，对第一审人民法院判决、裁定的上诉期，居住在我国领域内的为《民事诉讼法》所规定的 15 日的期限；居住在我国领域外的为 30 日。双方的上诉期均已届满没有上诉的，第一审人民法院的判决、裁定即发生法律效力。

(3) 诉前财产保全起诉期限的特殊规定。人民法院裁定准许诉前财产保全后，申请人应当在 30 日内提起诉讼。逾期不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

(4) 审理期限的特殊规定。人民法院审理涉外民事案件期限不受《民事诉讼法》第一审普通程序和第二审程序审理期限的限制。

2. 涉外财产保全

在涉外民事诉讼中，为了保障诉讼的顺利进行，也可以采取财产保全措施。涉外财产保全也分为诉前财产保全和诉讼中财产保全两种。涉外民事诉讼中的财产保全与国内民事诉讼相比，其特殊性在于：

(1) 涉外财产保全，当事人既可以在诉讼开始后提出申请，也可以在诉前申请保全，但是对于诉讼中财产保全，人民法院不能像国内案件那样依职权进行保全。涉外财产保全的采取，都必须以当事人的申请为前提。

(2) 诉前财产保全的起诉期限不同。人民法院裁定准许诉前财产保全后，申请人应当在 30 日内提起诉讼。逾期不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

(3) 保全财产的监督。人民法院决定保全的财产需要监督的，应当通知有关单位负责监督，费用由被申请人承担。

涉外财产保全，人民法院仍然要以裁定的方式作出。人民法院裁定准许财产保全后，被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。人民法院解除保全的命令由执行员执行。

3. 涉外民事诉讼中的送达

在涉外民事诉讼中，如果当事人在我国领域内居住，诉讼文书和法律文书的送达方式，适用我国《民事诉讼法》的一般规定；对于不在我国领域内居住的当事人，包括在我国没有住所的外国人、无国籍人，以及在我国没有代表机构、分支机构、业务代办人的外国企业和组织送达诉讼文书，则需要按照涉外民事诉讼程序的特别规定送达。

涉外民事诉讼中，经调解双方达成协议，应当制发调解书。当事人要求发给判决书

的，可以依协议的内容制作判决书送达当事人。

人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书的，可以采用下列方式：

(1) 依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达。

(2) 通过外交途径送达，即人民法院将需要送达的诉讼文书交给我国外交机关，由我国外交机关转交给受送达人所在国驻我国的外交机构，再由其转送该国的外交机关，然后由该国外交机关将诉讼文书转交给该国有管辖权的法院，最后由法院将其送达受送达人。

(3) 对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达。

(4) 向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达。

(5) 向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达。

(6) 受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达。自邮寄之日起满6个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达。

(7) 不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满6个月，即视为送达。对此，《民诉意见》第307条规定，对不在我国领域内居住的被告，经用公告方式送达诉状或传唤，公告期满不应诉，人民法院缺席判决后，仍应将裁判文书依照此项规定公告送达。自公告送达裁判文书满6个月的次日起，经过30日的上诉期当事人没有上诉的，一审判决即发生法律效力。

真题演练

1. (四川2008-3-90)^① 根据《民事诉讼法》规定，关于涉外民事诉讼，下列哪些选项是正确的？

- A. 基层法院可以管辖相应的涉外案件
- B. 经我国法院同意，外国当事人可以委托其本国律师以律师名义代理诉讼
- C. 当事人在诉讼中达成调解协议的，可以要求法院依调解协议的内容制作判决书
- D. 住所在我国领域内的当事人，对一审判决不服提起上诉的期限是15日

2. (2008-3-50)^② 关于涉外民事诉讼及仲裁中相关问题的说法，下列哪一选项是错误的？

- A. 涉外民事诉讼的财产保全，只能依申请开始，法院不能依职权进行
- B. 涉外财产保全中的诉前财产保全，法院可以责令申请人提供担保
- C. 涉外仲裁裁决在外国的承认与执行，只能由当事人向有关外国法院申请
- D. 涉外民事判决的承认与执行，既可以由当事人向有管辖权的外国法院申请，也可以由人民法院请求外国法院承认与执行

^① ACD。根据《民事诉讼法》第19条规定，A项的说法正确。根据《民事诉讼法》第239条规定，B项的说法错误。涉外民事诉讼中，经调解双方达成协议，应当制发调解书。当事人要求发给判决书的，可以依协议的内容制作判决书送达当事人。由此可知C项的说法正确。根据《民事诉讼法》第247条只是规定了在我国领域内没有住所的当事人提起上诉的时间。因此，在涉外民事诉讼中，如果当事人在我国领域内有住所，则适用《民事诉讼法》第147条的规定，当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。

^② B。



3. (2002-3-79)^① 根据我国民事诉讼法规定, 涉外民事诉讼中关于期间的特别规定适用于下列哪些当事人?

- A. 居住在我国领域内的外籍当事人
- B. 居住在我国领域外的外籍当事人
- C. 居住在我国领域内的中国籍当事人
- D. 居住在我国领域外的中国籍当事人

考点四 司法协助

重点法条

★第二百六十条 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约, 或者按照互惠原则, 人民法院和外国法院可以相互请求, 代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。

外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的, 人民法院不予执行。

★第二百六十二条 外国法院请求人民法院提供司法协助的请求书及其所附文件, 应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。

人民法院请求外国法院提供司法协助的请求书及其所附文件, 应当附有该国文字译本或者国际条约规定的其他文字文本。

★第二百六十四条 人民法院作出的发生法律效力判决、裁定, 如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内, 当事人请求执行的, 可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行, 也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定, 或者按照互惠原则, 请求外国法院承认和执行。

中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力仲裁裁决, 当事人请求执行的, 如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内, 应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。

★第二百六十五条 外国法院作出的发生法律效力判决、裁定, 需要中华人民共和国人民法院承认和执行的, 可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行, 也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定, 或者按照互惠原则, 请求人民法院承认和执行。

★第二百六十六条 人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定, 依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约, 或者按照互惠原则进行审查后, 认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的, 裁定承认其效力, 需要执行的, 发出执行令, 依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的, 不予承认和执行。

★★第二百六十七条 国外仲裁机构的裁决, 需要中华人民共和国人民法院承认和执行的, 应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请, 人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约, 或者按照互惠原则办理。

① BD。



【关联法条】

《民诉意见》

★319. 与我国没有司法协助协议又无互惠关系的国家的法院，未通过外交途径，直接请求我国法院司法协助的，我国法院应予退回，并说明理由。

★320. 当事人在我国领域外使用人民法院的判决书、裁定书，要求我国人民法院证明其法律效力的，以及外国法院要求我国人民法院证明判决书、裁定的法律效力的，我国作出判决、裁定的人民法院，可以本法院的名义出具证明。

考点解析

司法协助是指不同国家的法院之间，根据本国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠的原则，在司法事务上相互协助，代为一定的诉讼行为。司法协助是国际交往的需要，通过不同国家司法机关之间的合作，有助于法院裁决的顺利进行，使当事人之间的实体权利义务得以实现。

司法协助的根据包括：①各国缔结的条约；②共同参加的国际条约；③按照互惠原则进行。对与我国没有司法协助协议又无互惠关系的国家的法院，未通过外交途径，直接请求我国法院给予司法协助的，我国法院应予退回，并说明理由。

根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。根据此规定，司法协助内容包括：①一般司法协助，即代为送达文书和调查取证；②特殊司法协助，即对外国法院裁判和仲裁裁决的承认与执行。

（一）一般司法协助

一般司法协助，是指人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证及其他诉讼行为，在诉讼中相互协助。

1. 一般司法协助的内容。一般司法协助的内容，是代为送达诉讼文书和法律文书，代为调查取证，如代为询问当事人或证人等，以及代为其他诉讼行为。

但是，对于外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予协助。

2. 一般司法协助的程序。我国人民法院与外国法院之间司法协助的程序，主要有以下几方面注意事项：

（1）请求和提供司法协助，应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行；没有条约关系的，通过外交途径进行。

（2）外国驻中华人民共和国的使领馆可以向该国公民送达文书和调查取证，但不得违反中华人民共和国的法律，并不得采取强制措施。

（3）除外国使领馆的情况外，未经中华人民共和国主管机关准许，任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国领域内送达文书、调查取证。

（4）外国法院请求人民法院提供司法协助的请求书及其所附文件，应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。人民法院请求外国法院提供司法协助的请求书及其所附文件，应当附有该国文字译本或者国际条约规定的其他文字文本。

（5）人民法院提供司法协助，依照中华人民共和国法律规定的程序进行。外国法院请





求采用特殊方式的，也可以按照其请求的特殊方式进行，但请求采用的特殊方式不得违反中华人民共和国法律。

（二）特殊司法协助

特殊司法协助，包括人民法院对外国法院的裁判的承认和执行，以及我国法院的裁判在国外的承认与执行两个方面，根据《民事诉讼法》的规定，对于法院裁判的相互承认与执行：

1. 人民法院作出的发生法律效力判决、裁定，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，当事人请求执行的，可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求外国法院承认和执行。

2. 外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

3. 审查程序：人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。

另外，根据《民诉意见》第318条的规定，当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定的，如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约，也没有互惠关系的，当事人可以向人民法院起诉，由有管辖权的人民法院作出判决，予以执行。

当事人在我国领域外使用人民法院的判决书、裁定书，要求我国人民法院证明其法律效力的，以及外国法院要求我国人民法院证明判决书、裁定书的法律效力的，我国作出判决、裁定的人民法院，可以本法院的名义出具证明。

（三）对仲裁裁决的承认与执行

1. 中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。

2. 国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。

同时，我国1986年12月2日加入了《承认与执行外国仲裁裁决的公约》（即《纽约公约》），如果是《纽约公约》成员国之间的承认与执行，则应当按照该公约的规定办理。

1. (2009-3-90)^① 中国公民甲与外国公民乙因合同纠纷诉至某市中级法院, 法院判决乙败诉。判决生效后, 甲欲请求乙所在国家的法院承认和执行该判决。关于甲可以利用的途径, 下列哪些说法是正确的?

- A. 可以直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行
- B. 可以向中国法院申请, 由法院根据我国缔结或者参加的国际条约, 或者按照互惠原则, 请求外国法院承认和执行
- C. 可以向司法行政部门申请, 由司法行政部门根据我国缔结或者参加的国际条约, 或者按照互惠原则, 请求外国法院承认和执行
- D. 可以向外交部门申请, 由外交部门向外国中央司法机关请求协助

2. (2008-3-81)^② 根据《民事诉讼法》的规定, 我国法院与外国法院可以进行司法协助, 互相委托, 代为一定的诉讼行为。但是在下列哪些情况下, 我国法院应予以驳回或说明理由退回外国法院?

- A. 委托事项同我国的主权、安全不相容的
- B. 不属于我国法院职权范围的
- C. 违反我国法律的基本准则或者我国国家利益、社会利益的
- D. 外国法院委托我国法院代为送达法律文书, 未附中文译本的

3. (2007-3-36)^③ 关于涉外民事诉讼, 下列哪一选项是正确的?

- A. 涉外民事诉讼中的司法豁免是无限的
- B. 当事人可以就涉外合同纠纷或者涉外财产权益纠纷协议确定管辖法院
- C. 涉外民事诉讼中, 双方当事人的上诉期无论是不服判决还是不服裁定一律都是 30 日
- D. 对居住在外国的外国当事人, 可以通过我国驻该国的使领馆代为送达诉讼文书

① AB。

② ABCD。

③ B。根据《民事诉讼法》第 237 条规定, A 选项的表述是错误的。根据《民事诉讼法》第 242 条规定, B 选项正确。根据《民事诉讼法》第 246 条规定, 适用 30 日特殊期间的条件是, 当事人在中华人民共和国领域内没有住所, 而并非所有当事人, 所以, C 选项错误。根据《民事诉讼法》第 247 条规定, D 选项错误。



第十六讲 仲裁协议

【本讲概要】 本讲应当了解仲裁协议的概念、类型和内容。理解仲裁协议的作用、仲裁协议与合同的关系。熟悉法律和司法解释中关于仲裁协议效力的规定，学会如何订立仲裁协议，能够认定仲裁协议的有效、无效和失效。

考点一 仲裁协议概述

重点法条

《仲裁法》

★★★第三条 下列纠纷不能仲裁：

- (一) 婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；
- (二) 依法应当由行政机关处理的行政争议。

★第四条 当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。

★★第六条 仲裁委员会应当由当事人协议选定。

仲裁不实行级别管辖和地域管辖。

★第九条 仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。

裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的，当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

【关联法条】

《仲裁法解释》

★第一条 仲裁法第十六条规定的“其他书面形式”的仲裁协议，包括以合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等形式达成的请求仲裁的协议。

★★第二条 当事人概括约定仲裁事项为合同争议的，基于合同成立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等产生的纠纷都可以认定为仲裁事项。

《民诉意见》

★146. 当事人在仲裁条款或协议中选择的仲裁机构不存在，或者选择裁决的事项超越仲裁机构权限的，人民法院有权依法受理当事人一方的起诉。

★148. 当事人一方向人民法院起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为该人民法院有管辖权。

仲裁协议，是指双方当事人表示自愿将他们之间发生的争议，提交仲裁解决的一种书面意思表示。仲裁制度以当事人的自愿为基础，存在有效的仲裁协议是进行仲裁的前提。仲裁协议是争议双方主体将其纠纷提交仲裁的依据，也是仲裁机构对某一特定案件取得管辖权的要求。我国《仲裁法》第三章，对仲裁协议作了详细规定。

1. 仲裁协议的特征

仲裁协议本质上是一种合同，但又区别于一般的民商事合同。仲裁协议具有如下特征：

- (1) 仲裁协议只能由具有利害关系的双方当事人签订。
- (2) 仲裁协议必须是争议双方自愿达成的，不存在强迫因素。
- (3) 仲裁协议是通过确认一种解决双方当事人之间纠纷的方式来明确当事人之间的权利义务，不像一般民商事合同直接地规定当事人之间的实体权利义务关系，从而体现出间接性。
- (4) 仲裁协议的效力不仅及于双方当事人，对双方当事人有约束力，而且还对仲裁机构、仲裁员和人民法院具有法律效力。
- (5) 仲裁协议具有独立性。民商事合同中的仲裁条款，不受主合同是否有效的影响，即使主合同无效，仲裁条款并不因此而失效。
- (6) 仲裁协议必须以书面形式作出，口头方式无效。

2. 仲裁协议的表现形式

《仲裁法》第16条第1款规定：“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。”仲裁协议必须采取书面方式，主要有以下三种表现形式。

(1) 仲裁条款

仲裁条款，是指双方当事人在签订的合同中订立的，将今后可能因该合同所发生的争议提交仲裁的条款。作为订立于合同之中的一个条款，仲裁条款主要适用于争议发生之前。它是当事人事先设定的，一旦将来发生了因本合同或与本合同有关的争议，即通过仲裁方式解决的一种机制。仲裁条款一般都比较简短，订立于合同之中。

仲裁条款的独立性，是指尽管仲裁条款依附于主合同，但仍然是与主合同的其他条款可以分离而独立存在的，仲裁条款不因主合同的无效而无效，也不因主合同的被撤销而失效，仲裁机构仍然可以依照该仲裁条款取得和行使仲裁管辖权。《仲裁法》第19条第1款规定：仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。

(2) 仲裁协议书

仲裁协议书，是指在争议发生之前或争议发生之后，双方当事人在自愿的基础上所订立的，同意将争议提交仲裁的一种独立协议。仲裁协议书是独立于合同而存在的契约，具有独立性，内容较为详尽。

(3) 其他有关书面文件中包含的仲裁协议

这里的其他有关书面，主要是当事人针对特定法律关系而相互往来的一些信函、电报、传真、电子数据交换、电子邮件或其他书面材料（如经确认的电话记录）等，这些文件中如果包含有双方当事人同意将他们之间已经发生或将来可能发生的争议提交仲裁的内容，那么，这些有关文件即可构成仲裁协议。



(四川 2008-3-33)^① 1997 年 6 月, 刘某与张某离婚, 法院判决 2 岁的儿子由刘某抚养, 张某每月给付 200 元抚养费。2005 年 8 月, 刘某觉得每月 200 元的抚养费根本无法维持儿子的基本生活与学习, 在与张某协商无果的情况下, 刘某应当通过怎样的程序加以解决?

- A. 可以向法院申请再审, 要求增加抚养费
- B. 可以向法院起诉, 要求增加抚养费
- C. 可以向仲裁委员会申请仲裁, 要求增加抚养费
- D. 可以向民政部门申请裁决, 要求增加抚养费

考点二 仲裁协议的内容

重点法条

《仲裁法》

★★第十六条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。

仲裁协议应当具有下列内容:

- (一) 请求仲裁的意思表示;
- (二) 仲裁事项;
- (三) 选定的仲裁委员会。

【关联法条】

《仲裁法解释》

★第三条 仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确, 但能够确定具体的仲裁机构的, 应当认定选定了仲裁机构。

★第四条 仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的, 视为未约定仲裁机构, 但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。

★★第五条 仲裁协议约定两个以上仲裁机构的, 当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁; 当事人不能就仲裁机构选择达成一致的, 仲裁协议无效。

★第六条 仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的, 该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的, 当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁; 当事人不能就仲裁机构选择达成一致的, 仲裁协议无效。

★第七条 当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的, 仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁, 另一方未在仲裁法第二十条第二款规定期间内提出异议的除外。

^① B. 关于子女生活费和教育费的协议或判决, 不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。故 A 项说法错误, B 项说法正确。《仲裁法》第 3 条规定, 婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷不能仲裁。故 C 项说法错误。民政部门并没有对此类案件的裁决权, D 项说法错误。





★第八条 当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对其权利义务的继受人有效。

当事人订立仲裁协议后死亡的，仲裁协议对承继其仲裁事项中的权利义务的继承人有效。

前两款规定情形，当事人订立仲裁协议时另有约定的除外。

★第九条 债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。

★第十条 合同成立后未生效或者被撤销的，仲裁协议效力的认定适用仲裁法第十九条第一款的规定。

当事人在订立合同时就争议达成仲裁协议的，合同未成立不影响仲裁协议的效力。

★第十一条 合同约定解决争议适用其他合同、文件中的有效仲裁条款的，发生合同争议时，当事人应当按照该仲裁条款提请仲裁。

涉外合同应当适用的有关国际条约中有仲裁规定的，发生合同争议时，当事人应当按照国际条约中的仲裁规定提请仲裁。

考点解析

仲裁协议的内容是整个仲裁协议的核心部分，一份完整、有效的仲裁协议是有效进行仲裁的前提。根据《仲裁法》第16条的规定，仲裁协议应当包括以下几方面内容：

1. 请求仲裁的意思表示

在仲裁协议中，当事人应明确表示同意将争议提交仲裁解决，明确表达进行仲裁的意愿。

2. 仲裁事项

仲裁事项指双方当事人提交仲裁的具体争议范围，即当事人将何种性质的争议提交仲裁机关仲裁解决。仲裁协议中订立的仲裁事项，应当：①仲裁协议中双方当事人约定提交仲裁的争议事项，必须具有法律规定的可仲裁性，即属于仲裁立法允许采用仲裁方式解决的争议事项，才能提交仲裁；②仲裁事项的明确性。由于仲裁事项是仲裁庭要审理和裁决的事项，仲裁事项必须明确。

《仲裁法》第18条规定：“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。”

3. 选定的仲裁委员会

当事人在订立仲裁协议时，必须选择进行裁决的仲裁机构，即选定仲裁委员会，如果没有选定仲裁委员会，仲裁协议就无法执行。对于仲裁委员会的选定，原则上必须明确、具体，不能模糊不清，也不能选择的仲裁委员会根本就不存在。

注意以下几种特殊情形：

(1) 仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构。

(2) 仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。

(3) 仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

(4) 仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的, 该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的, 当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁; 当事人不能就仲裁机构选择达成一致的, 仲裁协议无效。

真题演练

1. (2007-3-89)^① A 市甲公司与 B 市乙公司在 B 市签订了一份钢材购销合同, 约定合同履行地在 A 市。同时双方还商定因履行该合同所发生的纠纷, 提交 C 仲裁委员会仲裁。后因乙公司无法履行该合同, 经甲公司同意, 乙公司的债权债务转让给 D 市的丙公司, 但丙公司明确声明不接受仲裁条款。关于本案仲裁条款的效力, 下列哪些选项是错误的?

- A. 因丙公司已明确声明不接受合同中的仲裁条款, 所以仲裁条款对其无效
- B. 因丙公司受让合同中的债权债务, 所以仲裁条款对其有效
- C. 丙公司声明只有取得甲公司同意, 该仲裁条款对丙公司才无效
- D. 丙公司声明只有取得乙公司同意, 该仲裁条款对丙公司才无效

2. (2006-3-97~100) 刘某从海塘公司购买红木家具 1 套, 价款为 3 万元, 双方签订合同, 约定如发生纠纷可向北京仲裁委员会申请仲裁。交付后, 刘某发现该家具并非红木制成, 便向仲裁委员会申请仲裁, 请求退货。请回答以下 97~100 题。

97.^② 双方在仲裁过程中对仲裁程序所作的下列何种约定是有效的?

- A. 双方不得委托代理人
- B. 即使达不成调解协议, 也以调解书的形式结案
- C. 裁决书不写争议事实和裁决理由
- D. 双方对裁决不得申请撤销

98.^③ 向海塘公司提供木材的红木公司可以以何种身份参加该案件的仲裁程序?

- A. 证人
- B. 第三人
- C. 鉴定人
- D. 被申请人

99.^④ 如果裁决退货, 海塘公司不服, 可以以何种方式获得救济?

- A. 向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决
- B. 向本公司所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决
- C. 向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请裁定不予执行

① BCD。债权债务全部或者部分转让的, 仲裁协议对受让人有效, 但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。本题中丙公司明确声明不接受仲裁条款, 因此, 甲乙公司之间的仲裁条款对其无效, A 选项正确, BCD 选项错误。

② C。委托代理人是仲裁法规定的双方当事人享有的法定权利。不得约定排除, 所以 A 项约定无效。仲裁庭在作出裁决前, 可以先行调解。当事人自愿调解的, 仲裁庭应当调解。调解不成的, 应当及时作出裁决。因此双方不能约定即使达不成调解协议, 也以调解书的形式结案, 故 B 项约定无效。当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的, 可以不写。故 C 项约定有效。申请撤销仲裁裁决是双方当事人的法定权利, 不能通过约定排除, 故 D 项约定无效。

③ A。仲裁庭基于当事人的仲裁协议而获得对案件的管辖权, 因此仲裁程序中不存在第三人, 故 B 项错误。红木公司与海塘公司和刘某合同纠纷没有直接的法律联系, 故不能作为当事人参加仲裁, 故 D 项错误。仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的, 可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定, 也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定。因此红木公司也不能作为鉴定人参加仲裁, 故 C 项错误。

④ AD。当事人具有法律规定情形的, 可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决, 故 A 项正确, B 项错误。被申请人提出证据证明仲裁裁决具有法定情形的, 经受申请执行的人民法院组成合议庭审查核实, 裁定不予执行。故 C 项错误, D 项正确。



D. 向执行法院申请裁定不予执行

100. ① 如果仲裁过程中海塘公司向仲裁委员会提交了双方在交付家具时签订的《补充协议》，该协议约定将纠纷处理方式变更为诉讼，这种情况下仲裁委员会应当如何处理？

A. 仲裁委员会有权对是否继续仲裁审理作出裁决

B. 仲裁委员会应当裁决驳回仲裁申请，当事人可向法院起诉

C. 仲裁委员会应当继续仲裁，裁决作出后当事人可以以没有有效的仲裁协议为由申请撤销仲裁裁决

D. 仲裁委员会应当继续仲裁，裁决作出后当事人不得以没有有效的仲裁协议为由申请撤销仲裁裁决

考点三 仲裁协议的效力

重点法条

《仲裁法》

★第五条 当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。

★★第十九条 仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。

仲裁庭有权确认合同的效力。

★★第二十条 当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。

当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。

【关联法条】

《仲裁法解释》

★★★第十二条 当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地的中级人民法院管辖；仲裁协议约定的仲裁机构不明确的，由仲裁协议签订地或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。

申请确认涉外仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。

涉及海事海商纠纷仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的海事法院管辖；上述地点没有海事法院的，由就近的海事法院管辖。

★★第十三条 依照仲裁法第二十条第二款的规定，当事人在仲裁庭首次开庭前没有对仲裁协议的效力提出异议，而后向人民法院申请确认仲裁协议无效的，人民法院不予受理。

① D。本案中海塘公司对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。由于已经开始仲裁，所以仲裁庭应当继续审理。并且裁决作出后当事人不得以没有有效的仲裁协议为由申请撤销仲裁裁决。



仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的，人民法院不予受理。

★★第十四条 仲裁法第二十六条规定的“首次开庭”是指答辩期满后人民法院组织的第一次开庭审理，不包括审前程序中的各项活动。

考点解析

1. 仲裁协议的法律效力

仲裁协议不仅对双方当事人有约束力，而且对仲裁机构和人民法院也会产生一定的法律效力。仲裁协议的法律效力主要体现为以下几个方面。

(1) 对双方当事人的法律效力

仲裁协议是双方当事人就纠纷解决方式达成的一致意思表示，因此，仲裁协议一经合法成立，首先对双方当事人直接产生法律效力，当事人因此丧失了就特定争议向法院起诉的权利，而相应的承担着将争议提交仲裁并服从仲裁裁决的义务，除非双方当事人又另外达成协议而变更原仲裁协议。

(2) 对仲裁机构的法律效力。我国《仲裁法》第4条规定，当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。有效的仲裁协议，使得仲裁机构获得对案件的管辖权。

(3) 对人民法院的法律效力。由于仲裁与审判相互排斥，有效的仲裁协议可以排除人民法院对于订立于仲裁协议中的争议事项的司法管辖权，这是仲裁协议法律效力的重要体现。《仲裁法》第5条明确规定，当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。

2. 仲裁协议效力的确认机构

根据我国《仲裁法》和最高人民法院司法解释的规定，对仲裁协议法律效力的确认机构是仲裁委员会和人民法院。

(1) 仲裁机构。《仲裁法》第19条规定，仲裁庭有权确认合同的效力。

(2) 人民法院。《仲裁法》第20条规定，当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。

同时，根据最高人民法院《关于当事人对仲裁协议的效力提出异议由哪一级人民法院管辖问题的批复》的规定，当事人协议选择国内仲裁机构仲裁后，一方对仲裁协议的效力有异议请求人民法院作出裁定的，由该仲裁委员会所在地的中级人民法院管辖。当事人对仲裁委员会没有约定或者约定不明的，由被告所在地的中级人民法院管辖。

最高人民法院在《关于确认仲裁协议效力几个问题的批复》中进一步对《仲裁法》第20条的规定作出解释，即当事人对仲裁协议的效力有异议，一方当事人申请仲裁机构确认仲裁协议效力，另一方当事人请求人民法院确认仲裁协议无效，如果仲裁机构先于人民法院接受申请并已作出决定，人民法院不予受理；如果仲裁机构接受申请后尚未作出决定，人民法院应予以受理，同时通知仲裁机构终止仲裁。

如果一方当事人就合同纠纷或者其他财产权益纠纷申请仲裁，另一方当事人对仲裁协议的效力有异议，请求人民法院确认仲裁协议无效并就合同纠纷或者其他财产权益纠纷起



诉的，人民法院受理后应当通知仲裁机构中止仲裁。人民法院依法作出仲裁协议有效或者无效的裁定后，应当将裁定书副本送达仲裁机构，由仲裁机构根据人民法院的裁定恢复仲裁或者撤销仲裁案件。

真题演练

1. (2008-3-36)^① 甲公司与乙公司因合同纠纷向 A 市 B 区法院起诉，乙公司应诉。经开庭审理，法院判决甲公司胜诉。乙公司不服 B 区法院的一审判决，以双方签订了仲裁协议为由向 A 市中级法院提起上诉，要求据此撤销一审判决，驳回甲公司的起诉。A 市中级法院应当如何处理？

- A. 裁定撤销一审判决，驳回甲公司的起诉
- B. 应当首先审查仲裁协议是否有效，如果有效，则裁定撤销一审判决，驳回甲公司的起诉
- C. 应当裁定撤销一审判决，发回原审法院重审
- D. 应当裁定驳回乙公司的上诉，维持原判决

2. (2007-3-90)^② 当事人在合同中约定了仲裁条款，出现下列哪些情况时，法院可以受理当事人的起诉？

- A. 双方协商拟解除合同，但因赔偿问题发生争议，一方向法院起诉的
- B. 当事人申请仲裁后达成和解协议而撤回仲裁申请，因一方反悔，另一方向法院起诉的
- C. 仲裁裁决被法院依法裁定不予执行后，一方向法院起诉的
- D. 仲裁裁决被法院依法撤销后，一方向法院起诉的

3. (2005-3-79)^③ 甲、乙在合同中约定因合同所发生的争议，提交某仲裁委员会仲裁。后双方发生争议，甲向约定的仲裁委员会申请仲裁，但乙对仲裁协议的效力提出异议。对此，乙就仲裁协议的效力有权向谁申请认定？

- A. 该仲裁委员会所在地基层法院
- B. 该仲裁委员会所在地中级法院
- C. 该仲裁委员会
- D. 甲居住地的基层法院

4. (2002-3-68)^④ 甲、乙两厂签订一份加工承揽合同，并在合同中写明了仲裁条款。后因甲厂加工的产品质量达不到合同的要求，乙厂遂向法院起诉。法院受理了该案，在法院辩论过程中，甲厂提出依合同中的仲裁条款，法院对该案没有管辖权。下列对该案

① D。

② CD。仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。解除合同发生争议，不影响仲裁协议的有效性，因此，A 选项中的情形下，有效的仲裁协议排斥法院的主管，法院不能受理当事人的起诉。当事人申请仲裁后达成和解协议而撤回仲裁申请，原仲裁协议仍然有效，有效的仲裁协议排斥法院的主管，因此，B 选项情形下法院不能受理当事人的起诉。仲裁裁决被法院依法裁定不予执行后，原仲裁协议的效力用尽，当事人之间已经不存在有效的仲裁协议，因此，在 C 选项情形下，当事人向法院起诉，法院可以受理。仲裁裁决被法院依法撤销后，原仲裁协议的效力用尽，当事人之间已经不存在有效的仲裁协议，因此，在 D 选项情形下，当事人向法院起诉，法院可以受理。

③ BC。当事人协议选择国内仲裁机构仲裁后，一方对仲裁协议的效力有异议请求人民法院作出裁定的，由该仲裁委员会所在地的中级人民法院管辖。因此，选项 B 正确；当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定，选项 C 正确；选项 A、D 无法律依据，是错误选项。

④ ACD。



的处理意见中哪些是错误的?

- A. 法院应当中止审理,待确定仲裁条款是否有效后再决定是否继续审理
- B. 法院应当继续审理
- C. 法院应当与仲裁机构协商解决管辖权问题
- D. 法院应当征求乙厂对管辖权的意见,并依乙厂的意见决定是否继续审理

考点

仲裁协议的无效与失效

重点法条

《仲裁法》

★★★第十七条 有下列情形之一的,仲裁协议无效:

- (一) 约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;
- (二) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议;
- (三) 一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的。

★第十八条 仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,仲裁协议无效。

【关联法条】

《仲裁法解释》

★第十五条 人民法院审理仲裁协议效力确认案件,应当组成合议庭进行审查,并询问当事人。

第十六条 对涉外仲裁协议的效力审查,适用当事人约定的法律;当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的,适用仲裁地法律;没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的,适用法院地法律。

考点解析

(一) 仲裁协议的无效

1. 仲裁协议无效的适用情形

根据《仲裁法》第17条规定,有下列情形之一的,仲裁协议无效:

- (1) 约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的。
- (2) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议。
- (3) 一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的。

另外,结合《仲裁法》其他规定和实践中的情况,下列仲裁协议也应无效:

- (1) 以口头方式订立的仲裁协议无效。
- (2) 仲裁协议对仲裁事项没有约定或约定不明确,或者仲裁协议对仲裁委员会没有约定或者约定不明确,当事人对此又达不成补充协议的,仲裁协议无效。

(3) 无法实现的仲裁协议。有的仲裁协议规定,争议发生后,提交中国仲裁机构依照美国仲裁协会的仲裁规则进行仲裁。这种协议是无效的,因为中国仲裁机构的仲裁规则规定,在中国的仲裁机构仲裁时,只能适用该仲裁机构的仲裁规则。





(4) 选择的仲裁机构不存在的，仲裁协议无效。

(5) 仲裁终局性不确定的仲裁协议。有的仲裁协议规定，合同执行过程中出现的问题双方应协商解决，协商不成，可提交某仲裁机构仲裁，如对仲裁裁决不服的，可向人民法院起诉，这种协议因违背了仲裁终局性原则而无效。

2. 对不明确仲裁协议的处理

对于无效的或内容不明确的仲裁协议，有必要在当事人愿意的情况下及时加以完善。《仲裁法》第18条明确规定，仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。在实践中，仲裁协议的完善方法主要有：

(1) 由当事人自行完善。通过当事人双方自行协商，达成一个明确的、完整的、有效的仲裁协议。

(2) 由仲裁机构协助完善。在当事人双方愿意的情况下，由仲裁机构协助其完善原先存在缺陷的仲裁协议或重新订立一份明确有效的仲裁协议。

(3) 由人民法院协助完善。如果仲裁协议有《仲裁法》第17条规定的情形之一的，仲裁机构和人民法院应直接认定该仲裁协议无效，不应协助其加以完善。只有对那些约定不明确的仲裁协议，在双方当事人愿意的情况下，才可以协助其完善。

(二) 仲裁协议的失效

仲裁协议的失效，是指一项有效的仲裁协议因特定事由的发生而丧失其原有的法律效力。仲裁协议的失效不同于仲裁协议的无效，仲裁协议的失效是原本有效的仲裁协议在特定条件下失去了其效力，而仲裁协议的无效是该仲裁协议自始就没有法律效力。仲裁协议无效和失效后，仲裁协议对于当事人、仲裁机构和人民法院便不再具有法律约束力。

仲裁协议失效的情形主要有：

(1) 基于仲裁协议，仲裁庭作出的仲裁裁决被当事人自觉履行或者被法院强制执行，即仲裁协议约定的提交仲裁的争议事项得到最终解决，该仲裁协议因此而失效。我国《仲裁法》第9条规定，裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。

(2) 因当事人协议放弃已签订的仲裁协议，而使该仲裁协议失效。主要表现为：①双方当事人通过达成书面协议，明示放弃了原有的仲裁协议。②双方当事人通过达成书面协议，变更了纠纷解决方式。③当事人通过默示行为变更了纠纷解决方式，使仲裁协议失效。如双方当事人达成了仲裁协议，一方当事人向人民法院起诉而未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人未提出异议并应诉答辩的，视为放弃仲裁协议。

(3) 附期限的仲裁协议因期限届满而失效。如当事人在仲裁协议中约定，该仲裁协议在签订后的6个月内有效，如果超过了6个月的约定期限，已签订的仲裁协议失效。

(4) 基于仲裁协议，仲裁庭作出的仲裁裁决被法院裁定撤销或不予执行，该仲裁协议失效。

1. (2005-3-74)^① 下列哪些仲裁协议为无效或失效?

A. 甲、乙两公司签订合同,并约定了仲裁条款。后合同双方又签订补充协议,约定“如原合同或补充协议履行发生争议,双方协商解决或向法院起诉解决”

B. 双方当事人在合同中约定“因本合同履行发生的争议,双方当事人既可向南京仲裁委员会申请仲裁,也可向南京市鼓楼区法院起诉”

C. 甲、乙两公司在双方合同纠纷的诉讼中对法官均不满意,双方商量先撤诉后仲裁。甲公司向法院提出了撤诉申请,法院裁定准许撤诉。此后甲乙两公司签订了仲裁协议,约定将该合同纠纷提交某仲裁委员会仲裁

D. 丙、丁两公司签订的合同中规定了内容齐全的仲裁条款,但该合同内容违反法律禁止性规定

2. (2003-3-64)^② 根据我国有关法律规定,在下列哪些情形下仲裁协议无效?

A. 约定的仲裁事项属于平等主体之间有关人身关系的纠纷

B. 约定的仲裁事项是不动产纠纷,在民事诉讼法上属于法院专属管辖的案件

C. 载有仲裁条款的合同因违反法律的禁止性规定而无效

D. 仲裁条款约定“因本合同履行发生的一切争议,由地处北京市的仲裁委员会进行仲裁”



^① AB。选项 A 中的甲、乙公司不但对仲裁委员会没有明确约定,还约定可向法院起诉解决,属无效协议。选项 B 中的约定也属于对仲裁委员会约定不明确的情形,也属无效协议。在甲公司撤诉后,甲、乙公司签订仲裁协议,该仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会有明确约定,且不与《仲裁法》第 5 条所规定的或裁或审原则冲突,该仲裁协议有效,因此, C 选项不是应选选项。仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力。丙、丁公司签订合同中的仲裁条款内容齐全,且不受主合同效力的影响,属于有效的仲裁协议,因此, D 选项不是应选选项。

^② AD。

第十七讲 仲裁程序

【本讲概要】 本讲应当了解仲裁程序中的当事人、代理人、启动程序、保全程序、仲裁组织、仲裁庭处理案件的方式、仲裁时效。理解仲裁当事人与代理人的关系、仲裁程序与诉讼程序的主要区别、通常程序与简易程序的主要区别。熟悉仲裁程序的全过程，能够适用仲裁程序的各种主要规定分析和解决问题。

考点一 仲裁当事人与代理人

重点法条

《仲裁法》

★第二十一条 当事人申请仲裁应当符合下列条件：

- (一) 有仲裁协议；
- (二) 有具体的仲裁请求和事实、理由；
- (三) 属于仲裁委员会的受理范围。

★第二十二条 当事人申请仲裁，应当向仲裁委员会递交仲裁协议、仲裁申请书及副本。

★第二十九条 当事人、法定代理人可以委托律师和其他代理人进行仲裁活动。委托律师和其他代理人进行仲裁活动的，应当向仲裁委员会提交授权委托书。

考点解析

1. 仲裁当事人

仲裁当事人，是指在自愿、协商一致的基础上达成仲裁协议，依法以自己的名义参加仲裁程序，并受仲裁裁决约束的公民、法人或其他组织。

仲裁当事人的特征有：①当事人的法律地位是平等的；②当事人之间必须订有有效的仲裁协议；③当事人之间必须发生了可仲裁的纠纷。当事人与仲裁参加人、仲裁参与人有区别。仲裁参加人除包括当事人外，还包括仲裁代理人。仲裁参与人除包括仲裁参加人外，还包括证人、鉴定人、翻译人员等。关于第三人，我国仲裁法和绝大多数国家的仲裁法一样未作规定。

仲裁当事人有其特定的称谓。依法向仲裁委员会提出仲裁申请的人，叫仲裁申请人；申请人在仲裁申请书中所提请求的义务人，叫被申请人。另外，在申请撤销仲裁裁决的程序中，当事人又称申请撤销人和被申请撤销人；在执行程序过程中，当事人称申请执行人和被申请执行人或被执行人。

2. 仲裁代理人

仲裁代理人是指依据法律的规定或当事人的授权在仲裁程序中以被代理人的名义进行仲裁活动的人。仲裁代理人分为法定仲裁代理人与委托仲裁代理人。法定仲裁代理人是指仲裁当事人的监护人，而委托仲裁代理人的范围较广。

《仲裁法》第29条规定，当事人、法定代理人可以委托律师和其他代理人进行仲裁活动。委托律师和其他代理人进行仲裁活动的，应当向仲裁委员会提交授权委托书。

委托仲裁代理人 and 民事诉讼中的委托诉讼代理人一样，都可以分为一般委托代理人和特别授权的委托代理人两类。

真题演练

(2004-3-79)^① 根据我国仲裁法的规定，下列哪些关于仲裁程序的表述是正确的？

- A. 仲裁应当开庭进行，但当事人可以约定不开庭
- B. 仲裁不公开进行，但如不涉及国家秘密，当事人也可以约定公开进行
- C. 对仲裁庭的组成，当事人可以约定由3名仲裁员组成仲裁庭
- D. 当事人对仲裁的调解书不得申请撤销，对裁决书可以申请撤销

考点二 仲裁的申请与受理

重点法条

《仲裁法》

★第二十四条 仲裁委员会收到仲裁申请书之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知当事人；认为不符合受理条件的，应当书面通知当事人不予受理，并说明理由。

★第二十五条 仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在仲裁规则规定的期限内将仲裁规则和仲裁员名册送达申请人，并将仲裁申请书副本和仲裁规则、仲裁员名册送达被申请人。

被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在仲裁规则规定的期限内向仲裁委员会提交答辩书。仲裁委员会收到答辩书后，应当在仲裁规则规定的期限内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

★★★第二十六条 当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。

★第二十七条 申请人可以放弃或者变更仲裁请求。被申请人可以承认或者反驳仲裁请求，有权提出反请求。

^① ABCD。



1. 仲裁的申请

申请仲裁是指平等主体的公民、法人和其他组织就他们之间所发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,根据双方所订立的仲裁协议,提请所选定的仲裁机构进行仲裁审理和裁决的行为。

(1) 申请仲裁的条件。根据《仲裁法》第21条规定,当事人申请仲裁应当符合下列条件:①存在有效的仲裁协议。②有具体的仲裁请求和事实、理由。③属于仲裁委员会的受理范围。

(2) 申请仲裁的方式。根据《仲裁法》第22条和第23条规定,当事人申请仲裁,应当向仲裁委员会递交仲裁协议、仲裁申请书及副本。

仲裁申请书应当载明下列事项:①当事人的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所,法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务;②仲裁请求和所根据的事实、理由;③证据和证据来源、证人姓名和住所。

2. 仲裁申请的审查与受理

(1) 对仲裁申请的审查。仲裁委员会收到申请人的仲裁申请书后,应当审查当事人的申请是否符合《仲裁法》第21条规定的当事人申请仲裁的条件,以及是否存在有效的仲裁协议;是否有具体的仲裁请求和事实、理由;是否属于仲裁委员会的受理范围。同时,审查仲裁申请书的内容是否完整、明确,申请手续是否齐备等。

(2) 审查后的处理。《仲裁法》第24条规定,仲裁委员会收到仲裁申请书之日起5日内,认为符合受理条件的,应当受理,并通知当事人;认为不符合受理条件的,应当书面通知当事人不予受理,并说明理由。

同时,根据《仲裁法》第25条的规定,仲裁委员会受理仲裁申请后,应当在仲裁规则规定的期限内将仲裁规则和仲裁员名册送达申请人,并将仲裁申请书副本和仲裁规则、仲裁员名册送达被申请人。被申请人收到仲裁申请书副本后,应当在仲裁规则规定的期限内向仲裁委员会提交答辩书。仲裁委员会收到答辩书后,应当在仲裁规则规定的期限内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的,不影响仲裁程序的进行。

真题演练

1. (2008-3-39)^①南沙公司与北极公司因购销合同发生争议,南沙公司向仲裁委员会申请仲裁,在仲裁中双方达成和解协议,南沙公司向仲裁庭申请撤回仲裁申请。之后,北极公司拒不履行和解协议。下列哪一选项是正确的?

- A. 南沙公司可以根据原仲裁协议申请仲裁
- B. 南沙公司应与北极公司重新达成仲裁协议后,才可以申请仲裁
- C. 南沙公司可以直接向法院起诉
- D. 仲裁庭可以裁定恢复仲裁程序

^① A。



2. (2004-3-42)^① 甲公司与乙公司之间的买卖合同纠纷, 双方在仲裁过程中达成和解协议, 此种情况下甲公司不具有下列哪一种权利?

- A. 请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书
- B. 撤回仲裁申请
- C. 对仲裁协议进行反悔, 请求仲裁庭依法作出裁决
- D. 请求法院执行仲裁过程中达成的和解协议

考点三 仲裁庭的组成

重点法条

《仲裁法》

★第三十条 仲裁庭可以由三名仲裁员或者一名仲裁员组成。由三名仲裁员组成的, 设首席仲裁员。

★★第三十一条 当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的, 应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员, 第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。

当事人约定由一名仲裁员成立仲裁庭的, 应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。

★第三十二条 当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的, 由仲裁委员会主任指定。

★第三十三条 仲裁庭组成后, 仲裁委员会应当将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

第三十四条 仲裁员有下列情形之一的, 必须回避, 当事人也有权提出回避申请:

- (一) 是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属;
- (二) 与本案有利害关系;
- (三) 与本案当事人、代理人有其他关系, 可能影响公正仲裁的;
- (四) 私自会见当事人、代理人, 或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

★第三十五条 当事人提出回避申请, 应当说明理由, 在首次开庭前提出。回避事由在首次开庭后知道的, 可以在最后一次开庭终结前提出。

★★第三十六条 仲裁员是否回避, 由仲裁委员会主任决定; 仲裁委员会主任担任仲裁员时, 由仲裁委员会集体决定。

★第三十七条 仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责的, 应当依照本法规定重新选定或者指定仲裁员。

因回避而重新选定或者指定仲裁员后, 当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行, 是否准许, 由仲裁庭决定; 仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。

^① D。ABC 项均有法律的明确规定, 而 D 项是没有法律依据的。根据诉讼法原理, 和解是不具有强制执行力的。当事人申请仲裁后, 可以自行和解。达成和解协议的, 可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书, 也可以撤回仲裁申请。



仲裁组织是指在仲裁活动中，代表仲裁委员会对纠纷案件行使仲裁权，进行审理和裁决的组织形式。仲裁委员会审理仲裁案件时，有两种不同的组织形式：一是独任制仲裁庭，二是合议制仲裁庭。

《仲裁法》第30条和第31条规定，仲裁庭可以由3名仲裁员或者1名仲裁员组成。由3名仲裁员组成的，设首席仲裁员。当事人约定由3名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定1名仲裁员，第3名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第3名仲裁员是首席仲裁员。

当事人约定由1名仲裁员成立仲裁庭的，应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。

当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的，由仲裁委员会主任指定。仲裁庭组成后，仲裁委员会应当将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

另外，仲裁员也实行回避制度，根据《仲裁法》第34条规定，仲裁员有下列情形之一的，必须回避，当事人也有权提出回避申请：①是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；②与本案有利害关系；③与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；④私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。回避适用于仲裁员，也适用于记录员、翻译人、勘验人、鉴定人。

仲裁中的回避，也分为自行回避、申请回避和职权回避等三种形式，当事人提出回避申请，应当说明理由，在首次开庭前提出。回避事由在首次开庭后知道的，可以在最后一次开庭终结前提出。

《仲裁法》第36条、第37条、第38条分别规定：①仲裁员是否回避，由仲裁委员会主任决定；仲裁委员会主任担任仲裁员时，由仲裁委员会集体决定。②仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责的，应当依法重新选定或者指定仲裁员。因回避而重新选定或者指定仲裁员后，当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行，是否准许，由仲裁庭决定；仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。③仲裁员有接受当事人、代理人的请客送礼，情节严重的，或者有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的，应当依法承担法律责任，仲裁委员会应当将其除名。

真题演练

1. (2002-3-67)① 美国A公司与中国B公司在履行合同过程中发生了纠纷。按合同中的仲裁条款，A公司向中国某仲裁委员会提交了仲裁申请。该仲裁庭的组成可以有哪几种方式？

- A. 由双方当事人各自选定1名仲裁员，第3名仲裁员由当事人共同选定
- B. 3名仲裁员皆由当事人共同选定
- C. 3名仲裁员皆由当事人委托仲裁委员会主任指定
- D. 双方当事人各自选定1名仲裁员，第3名仲裁员由当事人共同委托仲裁委员会主任指定

① ACD。



2. (2007-3-50)^① 某仲裁委员会在开庭审理兰屯公司与九龙公司合同纠纷一案时, 九龙公司对仲裁庭中的一名仲裁员提出了回避申请, 经审查后该仲裁员被要求予以回避, 仲裁委员会依法重新确定了仲裁员。关于仲裁程序如何进行, 下列哪一选项是正确的?

- A. 已进行的仲裁程序应当重新进行
- B. 已进行的仲裁程序有效, 仲裁程序应当继续进行
- C. 当事人请求已进行的仲裁程序重新进行的, 仲裁程序应当重新进行
- D. 已进行的仲裁程序是否重新进行, 仲裁庭有权决定

考点四 仲裁中的财产保全

重点法条

《仲裁法》

★第二十八条 一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因, 可能使裁决不能执行或者难以执行的, 可以申请财产保全。

当事人申请财产保全的, 仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。

申请有错误的, 申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

考点解析

财产保全是指在案件审理过程中, 为了防止一方当事人转移或者毁损财产等, 导致将来裁决难以执行时而对其财产采取的一种强制性措施。财产保全不仅在诉讼中适用, 在仲裁审理中也可以采取。

《仲裁法》第28条第1款规定, 一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因, 可能使裁决不能执行或者难以执行的, 可以申请财产保全。

1. 财产保全的采取主体

当事人申请财产保全的, 仲裁委员会应当将当事人的申请依照《民事诉讼法》的有关规定提交人民法院。财产保全的申请由当事人提出。当事人可以在申请仲裁时同时提出财产保全申请, 也可以在仲裁裁决作出前的任何阶段申请财产保全。仲裁委员会不可主动申请或者采取财产保全措施, 财产保全只能由当事人提出申请, 人民法院决定和实施。

当事人申请财产保全, 应当向仲裁委员会递交财产保全申请书, 由仲裁委员会将当事人的申请提交被申请人住所地或者财产所在地的基层人民法院。财产保全的范围, 限于仲裁请求的范围, 或者与本案有关的财物。人民法院决定和实施采取财产保全的程序, 适用《民事诉讼法》的规定。

2. 财产保全错误的责任

《仲裁法》第28条第3款规定, 申请有错误的, 申请人应当赔偿被申请人因财产保全

^① D. 仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责的, 应当依照本法规定重新选定或者指定仲裁员。因回避而重新选定或者指定仲裁员后, 当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行, 是否准许, 由仲裁庭决定; 仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。因此, 当事人有权请求仲裁程序重新进行, 最终是否重新进行还是由仲裁庭决定。



所遭受的损失。对此,仲裁委员会不承担赔偿责任,人民法院也不承担。

真题演练

1. (2008-3-88)^① 民事诉讼与民商事仲裁都是解决民事纠纷的有效方式,但两者在制度上有所区别。下列哪些选项是正确的?

- A. 民事诉讼可以解决各类民事纠纷,仲裁不适用与身份关系有关的民事纠纷
- B. 民事诉讼实行两审终审,仲裁实行一裁终局
- C. 民事诉讼判决书需要审理案件的全体审判人员签署,仲裁裁决则可由部分仲裁庭成员签署
- D. 民事诉讼中财产保全由法院负责执行,而仲裁机构则不介入任何财产保全活动

2. (2005-3-47)^② 中国甲公司与某国乙公司发生买卖合同纠纷,在中国仲裁过程中,乙公司申请财产保全,即要求扣押甲公司在某港口的一批机器设备。仲裁委员会对此申请应如何处理?

- A. 不予受理,告知当事人直接向有关法院提出申请
- B. 审查后直接作出财产保全裁定,由有关法院执行
- C. 将乙公司的申请提交甲公司所在地的中级法院裁定
- D. 将乙公司的申请提交机器设备所在地的基层法院裁定

考点五 仲裁的审理程序

重点法条

《仲裁法》

★第三十九条 仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的,仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。

★第四十条 仲裁不公开进行。当事人协议公开的,可以公开进行,但涉及国家秘密的除外。

★第四十一条 仲裁委员会应当在仲裁规则规定的期限内将开庭日期通知双方当事人。当事人有正当理由的,可以在仲裁规则规定的期限内请求延期开庭。是否延期,由仲裁庭决定。

★第四十三条 当事人应当对自己的主张提供证据。

仲裁庭认为有必要收集的证据,可以自行收集。

★第四十四条 仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的,可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定,也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定。

根据当事人的请求或者仲裁庭的要求,鉴定部门应当派鉴定人参加开庭。当事人经仲

① ABC。

② C。在涉外仲裁过程中,当事人申请财产保全,经仲裁机构提交人民法院的,由被申请人住所地或被申请保全的财产所在地的中级人民法院裁定并执行。本案属于涉外仲裁案件,因此,正确选项是C选项。D选项表述的是11条所规定的国内仲裁案件的情形,因此,是错误的选项。根据《仲裁法》第28条,当事人申请财产保全的,仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院,因此,选项A、B都是错误选项。



裁庭许可，可以向鉴定人提问。

★第四十六条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。

★第四十八条 仲裁庭应当将开庭情况记入笔录。当事人和其他仲裁参与人认为对自己陈述的记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如果不予补正，应当记录该申请。

笔录由仲裁员、记录人员、当事人和其他仲裁参与人签名或者盖章。

考点解析

1. 仲裁的审理方式

仲裁的审理方式主要有两种：一是开庭审理，二是不开庭审理。

(1) 开庭审理。《仲裁法》第39条规定，仲裁应当开庭进行。双方当事人同时出庭，仲裁庭依据庭审的情况作出裁决。

(2) 不开庭审理。《仲裁法》第39条同时规定，当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。这实际上是一种书面审理的方式。

另外，不管仲裁是开庭审理还是不开庭审理，根据《仲裁法》第40条的规定，仲裁原则上不公开进行；当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。

2. 仲裁审理的主要步骤

(1) 开庭通知。《仲裁法》第41条规定，仲裁委员会应当在仲裁规则规定的期限内将开庭日期通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以在仲裁规则规定的期限内请求延期开庭。是否延期，由仲裁庭决定。《仲裁法》第42条规定，申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席裁决。

(2) 宣布开庭。开庭仲裁，由首席仲裁员或者独任仲裁员宣布开庭。随后，首席仲裁员或者独任仲裁员核对当事人，宣布案由，宣布仲裁庭组成人员和记录人员名单，告知当事人有关的仲裁权利义务，询问当事人是否提出回避申请。

(3) 庭审调查。仲裁庭通常按照下列顺序进行开庭调查：①当事人陈述；②告知证人其权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言；③出示书证、物证和视听资料；④宣读勘验笔录、现场笔录；⑤宣读鉴定结论。

另外，按照《仲裁法》第43条至第46条的规定：①当事人应当对自己的主张提供证据。仲裁庭认为有必要收集的证据，可以自行收集；②仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定，也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定。根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定部门应当派鉴定人参加开庭。当事人经仲裁庭许可，可以向鉴定人提问。③证据应当在开庭时出示，当事人可以质证。④在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。

(4) 庭审辩论。《仲裁法》第47条规定，当事人在仲裁过程中有权进行辩论。辩论终结时，首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人的最后意见。开庭辩论通常按照下列顺序进行：①申请人及其仲裁代理人发言。②被申请人及其仲裁代理人发言。③双方相互辩论。开庭辩论终结前，首席仲裁员或者独任仲裁员可按申请人、被申请人的顺序征询当



事人的最后意见。

在整个仲裁程序中，申请人可以放弃或者变更仲裁请求，可以撤回仲裁申请。被申请人可以承认或者反驳仲裁请求，有权提出反请求。

仲裁庭应当将开庭情况记入笔录。当事人和其他仲裁参与人认为对自己陈述的记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如果不予补正，应当记录该申请。笔录由仲裁员、记录人员、当事人和其他仲裁参与人签名或者盖章。当事人、其他仲裁参与人拒绝签名、盖章的，记录员应当记明情况附卷。

另外，在仲裁审理中能否适用简易程序，对此《仲裁法》没有明确规定，但根据一些仲裁规则的规定是可以适用的，例如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》规定争议金额不超过人民币 50 万元，《北京仲裁委员会仲裁规则》规定争议金额不超过人民币 30 万元，案情简单、权利义务关系明确，争议不大的案件，可以适用简易程序。

3. 仲裁时效

《仲裁法》第 74 条规定，法律对仲裁时效有规定的，适用该规定；法律对仲裁时效没有规定的，适用对诉讼时效的规定。

真题演练

1. (2007-3-48)^① A 市水天公司与 B 市龙江公司签订一份运输合同，并约定如发生争议提交 A 市的 C 仲裁委员会仲裁。后因水天公司未按时支付运费，龙江公司向 C 仲裁委员会申请仲裁。在第一次开庭时，水天公司未出庭参加仲裁审理，而是在开庭审理后的第二天向 A 市中级人民法院申请确认仲裁协议无效。C 仲裁委员会应当如何处理本案？

- A. 应当裁定中止仲裁程序
- B. 应当裁定终结仲裁程序
- C. 应当裁定驳回仲裁申请
- D. 应当继续审理

2. (2003-3-65)^② 吉林市甲公司与长春市乙公司发生服装买卖合同纠纷，由北京仲裁委员会进行仲裁，双方当事人约定并请求仲裁庭在裁决书中不要写明下列事项。对此请求，下列哪些事项仲裁庭可以准许？

- A. 仲裁请求
- B. 争议事实
- C. 裁决理由
- D. 仲裁费用

考点六 仲裁中的和解、调解与裁决

重点法条

《仲裁法》

★★第四十九条 当事人申请仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书，也可以撤回仲裁申请。

★★★第五十条 当事人达成和解协议，撤回仲裁申请后反悔的，可以根据仲裁协议

^① D。当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出；当事人在仲裁庭首次开庭前没有对仲裁协议的效力提出异议，而后向人民法院申请确认仲裁协议无效的，人民法院不予受理。本案应该由仲裁庭继续审理。

^② BC。



申请仲裁。

★★第五十一条 仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。

调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。

★第五十二条 调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章，送达双方当事人。

调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。

在调解书签收前当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

★★第五十三条 裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。

★第五十四条 裁决书应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担和裁决日期。当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的，可以不写。裁决书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名。

★第五十五条 仲裁庭仲裁纠纷时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。

★第五十六条 对裁决书中的文字、计算错误或者仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项，仲裁庭应当补正；当事人自收到裁决书之日起三十日内，可以请求仲裁庭补正。

★第五十七条 裁决书自作出之日起发生法律效力。

考点解析

1. 仲裁中的和解

《仲裁法》第49条和第50条规定，当事人申请仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书，也可以撤回仲裁申请。

当事人达成和解协议，撤回仲裁申请后反悔的，可以根据仲裁协议申请仲裁。

2. 仲裁中的调解

《仲裁法》第51条和第52条规定，仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。

调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。在调解书签收前当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

3. 仲裁裁决

《仲裁法》第53条和第57条规定，仲裁裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。独任仲裁庭仲裁案件的，裁决按照独任仲裁员的意思作出。裁决书自作出之日起发生法律效力。

(1) 仲裁裁决的种类

仲裁裁决可以分为以下几类：

①先行裁决。《仲裁法》第55条规定，仲裁庭仲裁纠纷时，其中一部分事实已经清



楚，可以就该部分先行裁决。

②最终裁决。最终裁决即指一般的仲裁裁决，它是仲裁庭在查明事实、分清责任、正确适用法律的基础上，就当事人申请仲裁的全部争议事项作出的终局性的判定。

③缺席裁决。被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席裁决。

④合意裁决。合意裁决是仲裁庭根据当事人达成的协议的内容作出的仲裁裁决。它既包括当事人自行和解达成的协议而作出的裁决，也包括基于仲裁庭调解后双方所达成的协议而作出的裁决。

(2) 仲裁裁决书

《仲裁法》第54条规定，裁决书应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担和裁决日期。当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的，可以不写。裁决书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名。

仲裁裁决书自作出之日起发生法律效力：①当事人不得就已经裁决的事项再行申请仲裁，也不得就此提起诉讼；②仲裁机构不得随意变更已生效的仲裁裁决；③其他任何机关与个人均不得变更仲裁裁决；④仲裁裁决具有强制执行力，负有义务方不履行义务的，对方当事人可以申请人民法院强制执行。

另外，《仲裁法》第56条规定，对裁决书中的文字、计算错误或者仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项，仲裁庭应当补正；当事人自收到裁决书之日起30日内，可以请求仲裁庭补正。

真题演练

1. (四川2008-3-34)① 某仲裁委员会仲裁某一合同争议案件时，根据甲、乙双方当事人的意愿首先进行了调解并达成调解协议，甲方愿意赔偿乙方经济损失1万元，仲裁庭根据调解协议制作了裁决书。根据上述情况，下列哪一选项是正确的？

- A. 仲裁庭制作完成裁决书后该裁决书即发生法律效力
- B. 裁决书需经双方当事人签收后才发生法律效力
- C. 甲方在签收裁决书前反悔的，仲裁庭应当依法重新作出裁决
- D. 甲方在签收裁决书后反悔的，可以以裁决书是根据调解协议的内容制作为由向法院申请撤销该裁决

2. (2006-3-35)② 下列关于民事诉讼和仲裁异同的哪一表述是正确的？

A. 法院调解达成协议一般不能制作判决书，而仲裁机构调解达成协议可以制作裁决书

① A.《仲裁法》第51条规定，仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。第57条规定，裁决书自作出之日起发生法律效力。故A项说法正确，B、C两项说法错误。甲方以裁决书是根据调解协议的内容制作为由申请撤销并不属于申请撤销裁决的法定情形，故D项说法错误。

② A.根据《民事诉讼法》第89条第1款和《仲裁法》第51条规定，一般来说法院调解达成协议不能制作判决书，而仲裁机构调解达成协议可以制作裁决书。故A项正确。在法学理论上，诉讼和仲裁一样遵循着“不告不理”的原则，法院审理和判决的范围不能超过当事人诉讼请求的范围，故B项错误。根据《仲裁法》第9条的规定，仲裁实行一裁终局，当事人不服仲裁裁决的不能申请重新仲裁，故C项错误。根据《仲裁法》第63条的规定，当事人可以申请人民法院不予执行仲裁裁决，而当事人对于法院判决不能申请法院裁定不予执行，故D错误。





- B. 从理论上说, 诉讼当事人无权确定法院审理和判决的范围, 仲裁当事人有权确定仲裁机构审理和裁决的范围
- C. 对法院判决不服的, 当事人有权上诉或申请再审, 对于仲裁机构裁决不服的可以申请重新仲裁
- D. 当事人对于法院判决和仲裁裁决都有权申请法院裁定不予执行
3. (2006-3-36)^① 甲公司与乙公司就某一合同纠纷进行仲裁, 达成和解协议, 向仲裁委员会申请撤回仲裁申请。后乙公司未按和解协议履行其义务。甲公司应如何解决此纠纷?
- A. 甲公司可以依据原仲裁协议重新申请仲裁
- B. 甲公司只能向法院提起诉讼
- C. 甲公司既可以向法院提起诉讼, 也可以与乙公司重新达成仲裁协议申请仲裁
- D. 甲公司可以向仲裁委员会申请恢复仲裁程序
4. (2006-3-85)^② 下列关于仲裁裁决的哪些观点是正确的?
- A. 当事人可以请求仲裁庭根据双方的和解协议作出裁决
- B. 仲裁庭可以根据双方当事人达成的调解协议作出裁决
- C. 仲裁裁决应当根据仲裁庭多数仲裁员的意见作出, 形不成多数意见的, 由仲裁委员会讨论决定
- D. 仲裁裁决一经作出立即发生法律效力
5. (2004-3-80)^③ 根据我国仲裁法的规定, 在不同的情况下仲裁庭可以作出不同的裁决。下列有关仲裁裁决的说法哪些是正确的?
- A. 仲裁庭仲裁纠纷时, 其中一部分事实已经清楚的, 可以就该部分先行裁决
- B. 被申请人经书面通知, 无正当理由不到庭的, 仲裁庭可以据此认定申请人的主张成立, 缺席裁决
- C. 当事人调解达成协议的, 仲裁庭应制作调解书或根据调解结果制作裁决书
- D. 仲裁裁决一经作出即发生法律效力, 但对裁决书中的文字、计算错误, 当事人可以请求仲裁庭补正

① A。《仲裁法》第49条规定, 当事人申请仲裁后, 可以自行和解。达成和解协议的, 可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书, 也可以撤回仲裁申请。第50条规定, 当事人达成和解协议, 撤回仲裁申请后反悔的, 可以根据仲裁协议申请仲裁。

② ABD。根据《仲裁法》第49条规定。故A项正确。调解达成协议的, 仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。故B项正确。裁决应当按照多数仲裁员的意见作出, 少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时, 裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。故C项错误。裁决书自作出之日起发生法律效力。故D项正确。

③ ACD。

第十八讲 仲裁裁决的撤销、执行与不予执行

【本讲概要】 本讲应当了解撤销仲裁裁决的概念、条件和申请理由，仲裁裁决的执行机构和方法，仲裁裁决执行程序的中止、终结和恢复。理解撤销仲裁裁决的制度意义、仲裁裁决执行和不予执行的制度意义。熟悉法律和司法解释关于撤销仲裁裁决的有关规定，关于对仲裁裁决不予执行的相关规定并能够正确适用。

考点一 仲裁裁决的撤销

重点法条

《仲裁法》

★★第五十八条 当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- （一）没有仲裁协议的；
- （二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；
- （三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- （四）裁决所根据的证据是伪造的；
- （五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- （六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。

★第五十九条 当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起六个月内提出。

★第六十条 人民法院应当在受理撤销裁决申请之日起两个月内作出撤销裁决或者驳回申请的裁定。

★第六十一条 人民法院受理撤销裁决的申请后，认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。

【关联法条】

《仲裁法解释》

★第十七条 当事人以不属于仲裁法第五十八条或者民事诉讼法第二百六十条规定的事由申请撤销仲裁裁决的，人民法院不予支持。

★第十八条 仲裁法第五十八条第一款第一项规定的“没有仲裁协议”是指当事人没有达成仲裁协议。仲裁协议被认定无效或者被撤销的，视为没有仲裁协议。

★第十九条 当事人以仲裁裁决事项超出仲裁协议范围为由申请撤销仲裁裁决，经审查

查属实的，人民法院应当撤销仲裁裁决中的超裁部分。但超裁部分与其他裁决事项不可分的，人民法院应当撤销仲裁裁决。

★第二十条 仲裁法第五十八条规定的“违反法定程序”，是指违反仲裁定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形。

★★第二十一条 当事人申请撤销国内仲裁裁决的案件属于下列情形之一的，人民法院可以依照仲裁法第六十一条的规定通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁：

- (一) 仲裁裁决所根据的证据是伪造的；
- (二) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的。

人民法院应当在通知中说明要求重新仲裁的具体理由。

★第二十二条 仲裁庭在人民法院指定的期限内开始重新仲裁的，人民法院应当裁定终结撤销程序；未开始重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。

★第二十三条 当事人对重新仲裁裁决不服的，可以在重新仲裁裁决书送达之日起六个月内依据仲裁法第五十八条规定向人民法院申请撤销。

★第二十四条 当事人申请撤销仲裁裁决的案件，人民法院应当组成合议庭审理，并询问当事人。

考点解析

人民法院对于仲裁机构的仲裁具有监督权，其中对于仲裁裁决的撤销就是其监督权的体现之一。根据《仲裁法》规定，仲裁实行一裁终局的制度，即仲裁裁决一经作出，即发生法律效力，当事人不能就同一纠纷再向仲裁委员会申请仲裁，也不能就同一纠纷向人民法院起诉或上诉。但是，如果仲裁裁决出现错误，这时作为一种补救措施，人民法院有权在特定情形下撤销仲裁裁决。

1. 申请撤销仲裁裁决的理由

根据《仲裁法》第58条的规定，当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- (1) 没有仲裁协议的。
- (2) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的。
- (3) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的。
- (4) 裁决所根据的证据是伪造的。
- (5) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的。
- (6) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。
- (7) 人民法院认定该裁决违背社会公共利益的。

人民法院经组成合议庭审查核实仲裁裁决有上述规定情形之一的，应当裁定撤销。

2. 申请撤销仲裁裁决的条件

当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决，应当符合以下条件：

- (1) 提出撤销仲裁裁决申请的主体必须是仲裁当事人，包括申请人和被申请人。
- (2) 当事人提出撤销裁决申请的，必须向仲裁委员会所在地的中级人民法院提出。
- (3) 必须在法定的期限内提出。《仲裁法》第59条规定，当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起6个月内提出。
- (4) 必须有证据证明仲裁裁决有法律规定的应予撤销的情形。





3. 对撤销裁决申请的处理

根据《仲裁法》第60条的规定,人民法院应当在受理撤销裁决申请之日起2个月内作出撤销裁决或者驳回申请的裁定。同时,结合《仲裁法》第61条的规定,人民法院对于当事人撤销仲裁裁决的申请进行审查后,可以作出以下三种方式的处理。

(1) 撤销仲裁裁决。人民法院如果认为当事人提出的撤销仲裁裁决的申请符合法律规定的,应当裁定撤销该仲裁裁决。根据最高人民法院《关于我国仲裁机构作出的仲裁裁决能否部分撤销问题的批复》,我国仲裁机构作出的仲裁裁决,如果其裁决事项超出当事人仲裁协议约定的范围,或者不属于当事人申请仲裁的事项,并且上述事项与仲裁机构作出裁决的事项是可分的,人民法院可以基于当事人的申请,在查清事实后裁定撤销该超裁部分。

对于人民法院依法作出的撤销仲裁裁决的裁定,当事人不能上诉。仲裁裁决被撤销后,当事人要想再通过仲裁方式解决其纠纷,应当重新签订仲裁协议,如果达不成新的仲裁协议,任何一方当事人可以向有管辖权的人民法院起诉。

(2) 驳回撤销仲裁裁决的申请。人民法院认为当事人申请撤销仲裁裁决的理由不成立的,应当驳回其申请,原来的仲裁裁决仍然有效。

(3) 通知仲裁庭重新仲裁。根据《仲裁法》第61条的规定,人民法院受理撤销裁决的申请后,认为可以由仲裁庭重新仲裁的,通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁,并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的,人民法院应当裁定恢复撤销程序。重新仲裁无须另组仲裁庭,对法院重新仲裁的通知,是否采纳,由仲裁庭决定。

真题演练

1. (2008-3-41)^① 某仲裁委员会对甲公司与乙公司之间的买卖合同一案作出裁决后,发现该裁决存在超裁情形,甲公司与乙公司均对裁决持有异议。关于此仲裁裁决,下列哪一选项是正确的?

- A. 该仲裁委员会可以直接变更已生效的裁决,重新作出新的裁决
- B. 甲公司或乙公司可以请求该仲裁委员会重新作出仲裁裁决
- C. 该仲裁委员会申请法院撤销此仲裁裁决
- D. 甲公司或乙公司可以请求法院撤销此仲裁裁决

2. (四川2008-3-88)^② 关于仲裁协议的效力,下列哪些选项是正确的?

- A. 当事人对仲裁协议效力有争议的,既可以向法院申请认定,也可以向仲裁委员会申请认定
- B. 作为合同内容的仲裁条款,在合同无效时,其效力不受影响
- C. 仲裁裁决被法院撤销后,当事人可以依原仲裁协议重新申请仲裁
- D. 仲裁裁决被法院裁定不予执行后,当事人可以依原仲裁协议重新申请仲裁

3. (2002-3-94~96) 王某面临多起民事纠纷,拟通过诉讼或仲裁的方式解决,但王某对诉讼和仲裁的作用以及两者相互之间的区别联系等不够了解,遂就有关问题进行咨询。请回答下列94~96题。

^① D。

^② AB。根据《仲裁法》第20条规定,A项的说法正确。根据《仲裁法》第16条规定、第19条规定和第9条规定,C项和D项的说法错误,当事人不能依原仲裁协议重新仲裁,而是可以重新达成仲裁协议申请仲裁。

94. ① 下列有关仲裁与民事诉讼两者的关系的表述中哪些是正确的?

- A. 各类民事纠纷既可以用仲裁的方式解决,也可以用诉讼的方式解决
- B. 请求仲裁机构解决纠纷,应当以双方当事人之间有仲裁协议为条件,而进行民事诉讼则不一定要双方当事人之间有进行民事诉讼的协议
- C. 仲裁案件,通常情况下不公开审理,而法院审理民事案件通常情况下应公开审理
- D. 审理案件的仲裁员可以由双方当事人选定或仲裁委员会主任指定,审理案件的法院审判员则原则上不可以由当事人选定,除非经人民法院院长同意

95. ② 法院对仲裁裁决的监督主要表现在哪些方面?

- A. 当事人不服仲裁裁决的,可以到法院另行起诉
- B. 当事人认为仲裁裁决具有可撤销情形的,可以向有关法院申请撤销仲裁裁决
- C. 人民法院在仲裁裁决具有不应当执行的情形下,裁定不予执行仲裁裁决
- D. 人民法院在执行仲裁裁决过程中,发现仲裁裁决有错误,可依职权予以改变

96. ③ 法院对仲裁活动支持表现在下列哪些方面?

- A. 当事人在仲裁中申请财产保全且符合条件的,由人民法院裁定采取财产保全措施
- B. 在仲裁过程中,出现妨害仲裁秩序的情形,仲裁委员会可以向法院请求排除妨碍
- C. 具有给付内容的仲裁裁决生效后,在义务人拒不履行义务时,权利人可以向有关法院申请执行仲裁裁决

D. 法院可以以适当的方式对仲裁委员会的仲裁业务进行业务指导

4. (2003-3-74)④ 当事人申请撤销仲裁裁决须符合下列哪些条件?

- A. 必须向仲裁委员会提出申请,由仲裁委员会提交给有管辖权的人民法院
- B. 必须向仲裁委员会所在地的中级人民法院提出
- C. 必须在自收到裁决书之日起6个月内提出
- D. 必须有证据证明裁决有法律规定的应予撤销的情形

考点二 仲裁裁决的执行

重点法条

《仲裁法》

★第六十二条 当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的,另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

★第六十四条 一方当事人申请执行裁决,另一方当事人申请撤销裁决的,人民法院应当裁定中止执行。

人民法院裁定撤销裁决的,应当裁定终结执行。撤销裁决的申请被裁定驳回的,人民法院应当裁定恢复执行。

- ① BC。
- ② BC。
- ③ AC。
- ④ BCD。





【关联法条】

《民事诉讼法》

★第二百五十七条 经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。

《仲裁法解释》

★第二十五条 人民法院受理当事人撤销仲裁裁决的申请后，另一方当事人申请执行同一仲裁裁决的，受理执行申请的人民法院应当在受理后裁定中止执行。

考点解析

仲裁机构一旦作出仲裁裁决，裁决就立即生效，如果裁决中的义务方能够主动履行义务，自然不会产生仲裁裁决的执行问题；如果仲裁裁决的义务人不履行义务，这时根据对方的当事人的申请，人民法院的执行组织就可以强制执行仲裁裁决。执行仲裁裁决也是人民法院对仲裁制度予以支持的最重要的表现，是仲裁独立性的保障，体现了仲裁与法院诉讼之间的牵连。

1. 执行仲裁裁决的条件

《仲裁法》第62条规定，当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

人民法院执行仲裁裁决，必须具备下列条件：

(1) 必须有当事人的申请，人民法院不能主动执行仲裁裁决。

(2) 当事人必须在法定期限内提出申请。根据《民事诉讼法》的要求，申请执行的期限为2年。此期限从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算。

(3) 当事人必须向有管辖权的人民法院提出申请。当事人申请强制执行仲裁裁决，应当向被执行人住所地或者被执行人财产所在地的人民法院提出。

2. 仲裁裁决执行的程序

当事人向有管辖权的人民法院提出执行申请的，受申请的人民法院应当根据《民事诉讼法》规定的执行程序予以执行。

(1) 仲裁裁决的中止执行。中止执行是指在执行过程中，由于出现了某种法律规定的特殊情况，而使执行程序暂时停止，待这种情况消失后，执行程序再继续进行。《仲裁法》第64条规定，一方当事人申请执行仲裁裁决，另一方当事人申请撤销仲裁裁决的，人民法院应裁定中止执行。

(2) 仲裁裁决的终结执行。终结执行是指在执行过程中，由于出现了某种特殊情况，使执行程序无法或无须继续进行，从而结束执行程序，以后也不会恢复。《仲裁法》第64条第2款规定，人民法院裁定撤销裁决的，应当裁定终结执行。

(3) 仲裁裁决的恢复执行。根据《仲裁法》第64条的规定，一方当事人申请执行仲裁裁决，另一方当事人申请撤销仲裁裁决的，人民法院应裁定中止执行。撤销裁决的申请被裁定驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。

(2003-3-28)^① 甲乙两公司因贸易合同纠纷进行仲裁，裁决后甲公司申请执行仲裁裁决，乙公司申请撤销仲裁裁决，此时受理申请的人民法院应如何处理？

- A. 裁定撤销裁决
- B. 裁定终结执行
- C. 裁定中止执行
- D. 将案件移交上级人民法院处理

考点三 仲裁裁决的不予执行

重点法条

《仲裁法》

★第六十三条 被申请人提出证据证明裁决有民事诉讼法第二百一十七条（修订后为第二百一十三条）第二款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。

【关联法条】

《民事诉讼法》

★第二百一十三条 对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

- （一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
- （二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；
- （三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- （四）认定事实的主要证据不足的；
- （五）适用法律确有错误的；
- （六）仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。

仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

★★第二百五十八条 对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

- （一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
- （二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；
- （三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；

① C。



（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

《仲裁法解释》

★★第二十六条 当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。

★第二十七条 当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。

当事人在仲裁程序中对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后又以此为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩，经审查符合仲裁法第五十八条或者民事诉讼法第二百一十七条（修订后为第二百一十三条）、第二百六十条（修订后为第二百五十八条）规定的，人民法院应予支持。

★★★第二十八条 当事人请求不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决书的，人民法院不予支持。

★★第二十九条 当事人申请执行仲裁裁决案件，由被执行人住所地或者被执行的财产所在地的中级人民法院管辖。

★第三十条 根据审理撤销、执行仲裁裁决案件的实际需要，人民法院可以要求仲裁机构作出说明或者向相关仲裁机构调阅仲裁案卷。

人民法院在办理涉及仲裁的案件过程中作出的裁定，可以送相关的仲裁机构。

考点解析

1. 仲裁裁决的不予执行和撤销仲裁裁决的区别

人民法院对于仲裁裁决的不予执行，和撤销仲裁裁决一样，都是人民法院对仲裁进行监督的重要方式。这二者之间的区别，如下表所示。

区 别	撤销仲裁裁决	对仲裁裁决不予执行
提出请求的当事人不同	有权提出撤销仲裁裁决申请的当事人可以是仲裁案件的任何一方当事人，不论其是仲裁裁决确定的权利人还是义务人，都有权提出	有权提出不予执行仲裁裁决的当事人只能是被申请执行仲裁裁决的一方当事人
提出请求的期限不同	当事人请求撤销仲裁裁决的，应当自收到仲裁裁决书之日起6个月内向人民法院提出	当事人申请不予执行仲裁裁决的则是在对方当事人申请执行仲裁裁决之后，法院对是否执行仲裁裁决作出裁定之前
管辖法院不同	当事人申请撤销仲裁裁决，应当向仲裁委员会所在地的中级人民法院提出	当事人申请不予执行仲裁裁决只能向申请执行人所提出执行申请的法院提出
法定理由不同	申请撤销仲裁裁决的第4项和第5项法定理由分别是：裁决所根据的证据是伪造的；对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的	不予执行仲裁裁决的第4项和第5项法定理由分别是：认定事实的主要证据不足的；适用法律确有错误的
法律程序不同	法院认为可由仲裁庭重新作出裁决的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁	法院无须通知仲裁庭重新仲裁



2. 仲裁裁决不予执行的理由

《仲裁法》第63条规定，被申请人提出证据证明裁决有《民事诉讼法》规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。而《民事诉讼法》第213条第2款规定的内容为：

- (1) 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的。
- (2) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。
- (3) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的。
- (4) 认定事实的主要证据不足的。
- (5) 适用法律确有错误的。
- (6) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。
- (7) 人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的。

人民法院对于仲裁裁决不予执行的裁定书，应当送达双方当事人和仲裁机构。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

3. 不得请求不予执行的情形

- (1) 当事人请求不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决书的，人民法院不予支持。
- (2) 当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。

真题演练

1. (2007-3-49)^① 张某根据与刘某达成的仲裁协议，向某仲裁委员会申请仲裁。在仲裁审理中，双方达成和解协议并申请依和解协议作出裁决。裁决作出后，刘某拒不履行其义务，张某向法院申请强制执行，而刘某则向法院申请裁定不予执行该仲裁裁决。法院应当如何处理？

- A. 裁定中止执行，审查是否具有不予执行仲裁裁决的情形
- B. 终结执行，审查是否具有不予执行仲裁裁决的情形
- C. 继续执行，不予审查是否具有不予执行仲裁裁决的情形
- D. 先审查是否具有不予执行仲裁裁决的情形，然后决定后续执行程序是否进行

2. (2005-3-49)^② 某仲裁机构对甲公司与乙公司之间的合同纠纷进行裁决后，乙公司不履行仲裁裁决。甲公司向法院申请强制执行，乙公司申请法院裁定不予执行。经审查，法院认为乙公司的申请理由成立，裁定不予执行该仲裁裁决。对此，下列哪一种说法是正确的？

① C. 当事人请求不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决书的，人民法院不予支持，因此，正确的选项是 C。

② B. 仲裁实行一裁终局制度。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。裁决被人民法院裁定撤销或者不予执行的，当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。因此，选项 B 正确，而选项 D 错误。既然仲裁实行一裁终局制度，而且本案已经作出裁决，甲公司和乙公司就不可以按原仲裁协议申请仲裁，因此，选项 C 错误。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉，并没有规定当事人可以就不予执行裁定申请复议，因此，选项 A 错误。

- A. 甲公司可以就法院的裁定提请复议一次
- B. 甲公司与乙公司可以重新达成仲裁协议申请仲裁
- C. 甲公司与乙公司可以按原仲裁协议申请仲裁
- D. 当事人不可以再就该纠纷重新达成仲裁协议，此案只能向法院起诉

3. (2002-3-78)^① 根据我国仲裁法和民事诉讼法的规定，出现下列哪些情形时，人民法院对仲裁裁决不予执行？

- A. 载有仲裁条款的合同被确认无效
- B. 一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销仲裁裁决
- C. 仲裁裁决书认定事实的主要证据不足
- D. 仲裁庭的组成违反法定程序



^① CD。

附录 本书主要法律文件全、简称对照表

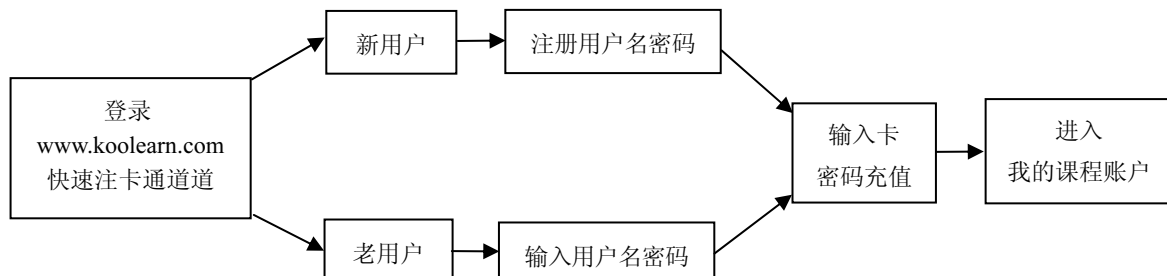
民事诉讼法	中华人民共和国民事诉讼法
民诉意见	最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见
民事证据规定	最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定
民事调解规定	最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定
简易程序规定	最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定
民事再审程序解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》审判监督程序若干问题的解释
民事执行程序解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》执行程序若干问题的解释
仲裁法	中华人民共和国仲裁法
仲裁法解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释

恭喜您成为新东方在线网上学员

本卡为新东方在线礼品卡，将此卡充值，您可在有效期内学习新东方在线司法考试指定课程。

充值操作流程

登录 www.koolearn.com 网站→在首页进入“快速注卡”通道，注册用户名密码→输入“卡密码”充值→进入“我的课程账户”听课。



特别提醒：

本卡充值使用有效期截至 2010 年 10 月 01 日，逾期不能听课，充值后有效期为 30 天。

此卡为非卖品，不可销售。咨询热线：400-676-2300。

卡密码：3548900823026133

2010 年新东方司考网络课程产品体系

产品类别	产品名称	促销价	新东方在线 2010 年司法考试的五大优势
特色班型	2010 司考金牌通关班（送 09）	2580 元	1. 超强的师资队伍 授课教师均为来自北京大学、人民大学、中国政法大学的权威教师，使您足不出户，即可享受京城一线名师的精彩授课。 2. 全面系统的课程体系 四阶段的独特教学模式——历年真题破解、系统精讲、串讲模考、点睛飞跃。 3. 丰厚的投资回报 超低的价格，却有同样的课堂效果，新东方北斗星学校面授课程随堂录制，面授班课程结束后一星期内对应网络课程即可上线。 4. 反复听课无限畅学 没有听课次数的限制，并且细分知识点，哪里没有学懂从哪里重复学起。 5. 协议保过 基于 2008、2009 年的高通过率，与金牌协议通关班学员签订电子协议。不通过国家规定的分数线，免费重读 2011 全程班课程。
	2010 司考全程联报班（送 09）	1680 元	
单项	2010 司考系统精讲班（送 09）	680 元	
	2010 司考串讲模考班（送 09）	580 元	
	2010 司考历年真题破解班（送 09）	280 元	
	2010 司考点睛飞越班（送 09）	380 元	
套餐组合	2010 司考真题+精讲联报（送 09）	880 元	
	2010 司考真题+精讲+点睛联报（送 09）	1180 元	
	2010 司考精讲+串讲+点睛联报（送 09）	1480 元	
	2010 司考精讲+点睛联报（送 09）	980 元	
	2010 司考串讲+点睛联报（送 09）	880 元	